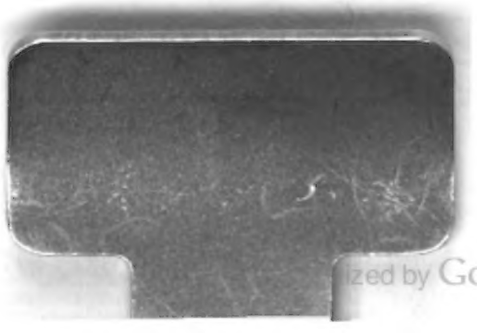
Crim.
160 3/C1



ized by Google

<36606360530011

<36606360530011

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Handbuch

des

teutschen gemeinen und particularen

Strafrechtes.

Von

Heinrich Luden,

Doctor beider Rechte und der Philosophie, ordentlichem Professor der Rechte und Oberappellations-Gerichtsrath in Jena.

Luden.

Strafrecht

Erster Band.

Jena.

Friedrich Luden.

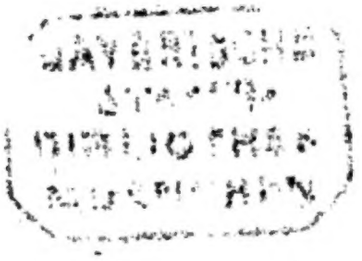
1847.

754

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
VINDOBONENSIS

Digitized by Google



Uebersicht des Inhaltes.

Einleitung. Seite

Erstes Capitel. Allgemeiner Begriff, Quellen, philosophische Begründung und oberste Grundsätze des Strafrechtes:

§. 1. Allgemeiner Begriff des Strafrechtes. Strafrecht im subjectiven und im objectiven Sinne . . . 1

§. 2. Quellen des Strafrechtes. Philosophisches und positives Strafrecht 3

§. 3. Philosophische Begründung des Strafrechtes . . 7

§. 4. Fortsetzung 9

§. 5. Oberste Grundsätze des Strafrechtes.

1) Hinsichtlich des Subjectes, dem das Strafrecht zustehet 12

§. 6. 2) Hinsichtlich der Handlungen, gegen welche das Strafrecht zustehet.

a) Hinsichtlich des Umfanges dieser Handlungen . 14

§. 7. b) Hinsichtlich der Eigenschaften dieser Handlungen 17

§. 8. 3) Hinsichtlich der Personen, gegen welche das Strafrecht zusteht 19

§. 9. 4) Hinsichtlich der Art und des Maßes, in welchem das Strafrecht zusteht 21

Digitized by Google

Seite

Zweites Capitel. Darſtellung und Kritik der verſchiedenen Strafrechtstheorieen.

§. 10. Bedeutung der verſchiedenen Strafrechtstheorieen . 24
§. 11. Fortſetzung 26
§. 12. Ueberſicht und Eintheilung der verſchiedenen Strafrechtstheorieen 30
§. 13. Darſtellung der abſoluten Strafrechtstheorie . . 33
§. 14. Kritik der abſoluten Strafrechtstheorieen . . . 37
§. 15. Darſtellung der relativen Strafrechtstheorie.
a) Die Generalpräventionstheorieen 43
§. 16. b) Specialpräventionstheorieen 49
§. 17. Kritik der relativen Strafrechtstheorieen . . . 52
§. 18. Darſtellung der gemiſchten Strafrechtstheorieen . 55
§. 19. Kritik der gemiſchten Strafrechtstheorieen . . 57

Drittes Capitel. Geſchichtlicher Entwickelungsgang des teutſchen Strafrechtes.

§. 20. Einleitung 59
§. 21. Urſprüngliche Beſchränkung des Strafrechtes auf Handlungen, durch welche der Staat unmittelbar verletzt wird 62
§. 22. Ausdehnung des Strafrechtes auf Handlungen, durch welche Einzelne in ihren Rechten verletzt werden . 66
§. 23. Ausdehnung des Strafrechtes auf Handlungen gegen Sitte, gute Ordnung und Religion . . . 72
§. 24. Einfluß des Principes der Vergeltung und der Abſchreckung auf die Wahl der Strafmittel und den Maßſtab der Strafbarkeit 76
§. 25. Einfluß der Reception des römiſchen und des canoniſchen Rechtes 80
§. 26. Fortſetzung. Die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. 84
§. 27. Fortbildung des Strafrechtes durch den Gerichtsgebrauch 88
§. 28. Nothwendigkeit neuer Strafgeſetzbücher . . . 92

Digitized by Google

System des teutschen Strafrechtes.

Seite

Vorbemerkung 97

Allgemeiner Theil. Allgemeine Lehren, die sich auf alle Verbrechen beziehen.

Erster Abschnitt. Von den Quellen und der Wissenschaft des teutschen Strafrechtes.

Erstes Capitel. Unterschied zwischen gemeinem und particularem Strafrechte und gegenseitige Bedeutung für einander.

§. 1. Unterschied zwischen gemeinem und particularen Strafrechte 103

§. 2. Bedeutung des gemeinen Strafrechtes . . . 106

§. 3. Bedeutung der neuen Strafgesetzbücher für das gemeine Strafrecht 109

Zweites Capitel. Von den Quellen des teutschen Strafrechtes im Einzelnen.

§. 4. Das römische Recht 114

§. 5. Das canonische Recht 119

§. 6. Reichsgesetze. Im Besonderen die Carolina . . 122

§. 7. Die neuen Strafgesetzbücher 127

§. 8. Gewohnheitsrecht. Im Besonderen Gerichtsgebrauch . 133

Drittes Capitel. Von der Wissenschaft des teutschen Strafrechtes.

§. 9. Begriff und Bedeutung der Wissenschaft des teutschen Strafrechtes 140

§. 10. Von der Auslegung der Strafrechtsquellen . . 143

§. 11. Von der Analogie im Strafrechte 148

§. 12. Von den Hülfswissenschaften der Strafrechtswissenschaft 153

§. 13. Litteratur der teutschen Strafrechtswissenschaft . . 157

Digitized by Google

Seite

Zweiter Abſchnitt. Von dem Verbrechen.

Erſte Abtheilung. Begriff und Thatbeſtand des Verbrechens.

Erſtes Capitel. Begriff und Eintheilungen des Verbrechens in formaler Beziehung.

§. 14. Unterſchied des formalen Begriffes von dem materialen. Formaler Begriff des Verbrechens . . . 165

§. 15. Von der Strafbarkeit, als dem formalen Merkmale des Verbrechens 169

§. 16. Eintheilungen des Verbrechens in formaler Beziehung. 1) Unterſchied der formalen Eintheilungen von den materialen 173

§. 17. 2) Formale Eintheilungen der Verbrechen im Beſonderen. a) Eintheilung in delicta juris naturalis und juris civilis 175

§. 18. b) Eintheilung in crimina oder delicta publica, extraordinaria und privata 177

§. 19. c) In delicta capitalia und non capitalia, in delicta atrocissima, atrociora und levia, in einfache und geſetzlich ausgezeichnete Verbrechen . 183

§. 20. d) Eintheilung in peinliche und bürgerliche Verbrechen, in Criminalverbrechen und Polizeiverbrechen 186

§. 21. e) Eintheilung in Verbrechen und Vergehen . . 193

Zweites Capitel. Begriff und Eintheilungen des Verbrechens in materialer Beziehung.

§. 22. Materialer Begriff des Verbrechens 198

§. 23. Materiale Eintheilung des Verbrechens. 1) Im Allgemeinen 200

§. 24. 2) Materiale Eintheilung des Verbrechens in Rechtsverbrechen und in Geſetzesverbrechen . . . 203

§. 25. Einzelne Arten der Rechtsverbrechen. Staatsverbrechen und Privatverbrechen 206

Digitized by Google

Seite

§. 26. Einzelne Arten der Gesetzesverbrechen.
1) Polizeiverbrechen 212

§. 27. 2) Verbrechen gegen die kirchliche und religiöse Ordnung 214

§. 28. 3) Verbrechen gegen die Ordnung allgemeiner Staatsbürgerpflichten zu einem positiven Handeln, oder Unterlassungsverbrechen 217

§. 29. 4) Verbrechen gegen die Ordnung specieller Dienstpflichten 222

Drittes Capitel. Thatbestand des Verbrechens.

§. 30. Begriff des Thatbestandes. Allgemeiner und besonderer Thatbestand 225

§. 31. Bestandtheile oder Merkmale des Thatbestandes. Subjectiver und objectiver Thatbestand . . 228

§. 32. Abweichende Ansichten über den allgemeinen Thatbestand 231

Zweite Abtheilung. Bestandtheile des Thatbestandes im Einzelnen.

Erstes Capitel. Die verbrecherische Willensbestimmung oder dolus und culpa.

§. 33. Erfordernisse der verbrecherischen Willensbestimmung . 237

§. 34. Arten der verbrecherischen Willensbestimmung.
1) Im Allgemeinen 240

§. 35. 2) Im Besonderen.
a) Der dolus 243

§. 36. Vom unbestimmten dolus 247

§. 37. Affectvoller und prämeditirter dolus. Von den Graden des dolus 255

§. 38. b) Die culpa 258

§. 39. Culpa dolo determinata 262

§. 40. Von den verschiedenen Arten und den Graden der culpa 267

§. 41. Gründe, welche die verbrecherische Willensbestimmung ausschließen. Uebersicht dieser Gründe . . 272

Digitized by Google

Seite

§. 42. I. Gründe, welche die Vorstellung von dem Causalzusammenhange ausschließen.

1) Gründe, aus welchen der Person die Fähigkeit abgeht, sich eine Vorstellung von der verbotenen Handlung zu machen: Kindheit und jugendliches Alter, Mangel an Erziehung und Erfahrung, Schwäche des Verstandes 274

§. 43. 2) Gründe, aus welchen die Vorstellung aufgehoben wird, eine mit der verbotenen Handlung im Causalzusammenhange stehende Handlung zu begehen.

a) Zustände der Bewußtlosigkeit 280

§. 44. b) Irrthum 286

§. 45. II. Gründe, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen.

1) Nothwehr 291

§. 46. 2) Nothstand 304

§. 47. 3) Verbindlicher Befehl 310

§. 48. 4) Einwilligung des Verletzten 315

§. 49. 5) Gesetzliche Erlaubniß in anderen Fällen . . 323

§. 50. 6) Andere angebliche Fälle 330

Zweites Capitel. Aeußere Beschaffenheit der Handlung, durch welche die verbrecherische Willensbestimmung dargelegt wird.

§. 51. Begriff und Bedeutung der äußeren Handlung im Allgemeinen 334

§. 52. Erforderniß der äußeren Handlung im Allgemeinen . 336

§. 53. Verschiedene Formen der äußeren Handlung im Allgemeinen. Physische und intellectuelle Handlungen. Begehungen und Unterlassungen 339

§. 54. Verschiedene Arten der verbrecherischen Handlung im Allgemeinen. Urheberschaft und Theilnahme. Vollendung und Versuch 311

Seite

§. 55. Erfordernisse der äußeren verbrecherischen Handlung . 345

§. 56. Verschiedene Arten der verbrecherischen Handlung im Einzelnen.

I. Urheberschaft.

1) Begriff derselben 348

§. 57. 2) Verschiedene Formen der Urheberschaft.

a) Durch Begehungen oder positive Handlungen.

α) Durch physische Handlungen 352

§. 58. β) Durch intellectuelle Handlungen . . . 354

§. 59. b) Durch Unterlassungen, sowohl physische als intellectuelle 359

§. 60. 3) Verschiedene Arten der Urheberschaft.

A. Urheberschaft der Vollendung.

a) Begriff der Vollendung 363

§. 61. b) Subjective Beschaffenheit der Vollendungshandlungen 369

§. 62. c) Objective Beschaffenheit der Vollendungshandlungen 374

§. 63. B. Urheberschaft des Versuchs.

a) Begriff des Versuches 379

§. 64. b) Subjective Beschaffenheit der Versuchshandlungen 381

§. 65. c) Objective Beschaffenheit der Versuchshandlungen.

α) Anfangspunct des Versuches 389

§. 66. β) Objective Gefährlichkeit der Versuchshandlung . 396

§. 67. γ) Von den Graden des Versuches . . . 407

§. 68. δ) Vom qualificirten Versuche 412

§. 69. d) Freiwilliges Abstehen vom Versuche . . . 417

§. 70. Fortsetzung. Bedingungen der Straflosigkeit des abgebrochenen Versuches 424

§. 71. Fortsetzung. Beweis des aufgegebenen Willens der Vollendung 431

§. 72. II. Theilnahme.

1) Begriff derselben 433

§. 73. Fortsetzung 435

Seite

§. 74. 2) Subjective Beschaffenheit der Theilnahmehandlungen.
a) Dolose und culpose Theilnahme. Theilnahme an einem dolosen und einem culposen Verbrechen . 438

§. 75. b) Zufällige, bestimmte und unbestimmte, generelle und specielle Theilnahme 442

§. 76. 3) Objective Beschaffenheit der Theilnahmehandlungen.
a) Vorausgehende, gleichzeitige, nachfolgende Theilnahme 450

§. 77. b) Verschiedene Formen der Theilnahmehandlungen. Theilnahme durch physische und intellectuelle Handlungen, durch Begehungen und Unterlassungen . 454

§. 78. c) Versuchte und vollendete Theilnahme. Theilnahme an der Vollendung und am Versuche . . . 460

§. 79. 4) Strafbarkeit und Grade der Theilnahme . . 470

§. 80. III. Zusammentreffen von Theilnahme und Urheberschaft.
1) Alleinige Miturheberschaft. Gegenseitige Miturheberschaft 474

§. 81. 2) Complott 479

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Vorwort.

Das Unternehmen, in der gegenwärtigen Zeit ein Handbuch des teutschen Strafrechtes zu schreiben, bedarf kaum einer Rechtfertigung. Die letztverflossenen Jahrzehnte sind für das Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft in Teutschland in hohem Grade bedeutend und fruchtbar gewesen. Die wissenschaftliche Forschung hat über viele Lehren ein neues Licht verbreitet und manche hergebrachte Ansichten als Irrthümer erscheinen lassen. In vielen teutschen Ländern hat sich das gemeine Strafrecht zu neuen Strafgesetzbüchern gestaltet. Es ist zuverlässig ein Bedürfniß für den Theoretiker sowohl als für den Practiker, in einem ausführlicheren Handbuche, das Raum für eine Entwickelung der Gründe gestattet, die Ergebnisse der neueren wissenschaftlichen Forschungen in ein System verarbeitet zu erhalten. Nicht minder ist es in unseren Tagen Bedürfniß, daß die neuen Strafgesetzbücher, durch welche die unmittelbare Gültigkeit des gemeinen Rechtes mehr und mehr an Boden verliert, als ein Product der gemeinrechtlichen Rechtsbildung aufgefaßt werden, damit man sich Theils der fortwährenden Bedeutung des gemeinen Rechtes für

diese Gesetzbücher, Theils der Bedeutung dieser Gesetzbücher für die Erkenntniß des gemeinen Rechtes bewußt werde. Die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts ist fortan nicht möglich, ohne daß sie das in den neuen Strafgesetzbüchern enthaltene Strafrecht in sich aufnimmt, sowie umgekehrt die Wissenschaft jedes particularen Strafrechtes die des gemeinen Strafrechtes zu ihrer nothwendigen Voraussetzung hat. In dem folgenden Werke mußte daher eine Darstellung des gemeinen und des particularen Strafrechtes versucht werden.

Dagegen bedarf es einer Entschuldigung, daß Statt des längst angekündigten ersten Bandes hier nur das erste Heft desselben erfolgt. Da ich nicht im Stande war, den ersten Band jetzt ganz erscheinen zu lassen, wollte ich mit diesem Hefte wenigstens den Beweis liefern, daß es mir mit der Ankündigung Ernst gewesen. Die beiden übrigen Hefte, mit welchen dieser Band geschlossen sein wird, sollen schnell nach einander folgen.

Möge diese Arbeit die wohlwollende Beurtheilung finden, deren ich mich schon mehrfach zu erfreuen gehabt habe.

Jena, im Monat October 1842.

Heinrich Luden.

Einleitung.

Allgemeiner Begriff, Quellen, philosophische Begründung und oberste Grundsätze des Strafrechtes. Darstellung und Kritik der verschiedenen Strafrechtstheorieen. Geschichtlicher Entwickelungsgang des teutschen Strafrechtes.

Erstes Capitel.

Allgemeiner Begriff, Quellen, philosophische Begründung und oberste Grundsätze des Strafrechtes.

§. 1.

Allgemeiner Begriff des Strafrechtes. Strafrecht im subjectiven und im objectiven Sinne.

Nach dem Begriffe, welchen man im gewöhnlichen Leben mit dem Ausdrucke Strafe verbindet, ist dieselbe ein Uebel oder ein Leiden, das sich Jemand durch seine Handlung oder sein Benehmen zugezogen. Man gebraucht diesen Ausdruck, mag das Uebel als natürliche Folge des Benehmens von selbst eintreten, oder mag es von einem anderen Menschen zugefügt werden. Die Strafe in diesem allgemeinen Sinne hat aber noch keine rechtliche Bedeutung.

So lange der Bestrafte oder der zu Bestrafende nicht die Zwangspflicht hat, sich der Strafe zu unterwerfen, ist sie nur etwas Factisches, das zwar unter Umständen als vorhanden anerkannt werden mag, aber nicht für eine rechtliche Einrichtung gelten kann [1]). Nur wenn der zu Bestrafende rechtlich verpflichtet ist und rechtlich gezwungen werden kann, die Strafe zu erleiden, kann von derselben als von einer rechtlichen Einrichtung die Rede sein. Da aber eine rechtliche Verpflichtung nur dem entsprechenden Rechte eines Berechtigten gegenüber gedacht werden kann, so darf man insofern von einem Strafrechte im subjectiven Sinne sprechen, als von der Befugniß, einem Anderen eine Strafe zuzufügen, welcher dieser sich zu unterwerfen gezwungen werden kann. Das Strafrecht in diesem Sinne, nach welchem es bloße Befugniß, nicht auch zugleich Verpflichtung ist, einem Anderen eine Strafe zuzufügen, würde ein Recht sein, welches mit der Idee der Gerechtigkeit nicht in Uebereinstimmung gebracht werden könnte. Denn von der Idee der Gerechtigkeit ist jede Willkür ausgeschlossen, welche sich ein Mensch gegen den Anderen erlauben darf, und es würde Nichts Anderes sein, als den Einen der willkürlichen Behandlung

1) Hierin unterscheidet sich die Strafe von der Züchtigung, welche in dem Rechte der väterlichen Gewalt und der Lehrherrschaft, in einigen Ländern auch in dem Rechte der Dienstherrschaft liegt. Die Züchtigung ist allerdings insofern ein Recht, als der Züchtigende bei Beobachtung des gehörigen Maßes nicht Unrecht thut, dieselbe zu vollziehen, und deßhalb von dem Gezüchtigten nicht in Anspruch genommen werden kann. Aber diese rechtliche Anerkennung erhält sie erst, nachdem sie vollzogen worden ist. Dagegen giebt es keine rechtlichen Zwangsmittel, um die erst zu vollziehende Züchtigung durchzusetzen, indem es weder eine Klage darauf giebt, daß sich Jemand einer gegen ihn beschlossenen Züchtigung unterwerfe, noch auch ein Gericht dieselbe vollziehen kann, wenn Derjenige, der dazu berechtigt war, sie nicht zu vollziehen vermochte.

des Anderen preisgeben, wenn diesem über jenen ein Strafrecht eingeräumt würde, das er, wenn die Bedingung eingetreten wäre, unter welcher er es ausüben dürfte, nach Belieben gebrauchen oder auch nicht gebrauchen könnte. Soll das Strafrecht im subjectiven Sinne ein Recht sein, welches mit der Idee der Gerechtigkeit nicht im Widerspruche steht, so muß mit der Befugniß, Jemandem eine Strafe zuzufügen, zugleich die Verpflichtung dazu vorhanden sein. Die Strafe im rechtlichen Sinne muß ein Uebel oder ein Leiden sein, welches Derjenige, dem das Strafrecht im subjectiven Sinne, oder wie man besser sagt, die Strafhoheit zustehet, einem Anderen zuzufügen berechtigt und verbunden ist [2]). Daraus ergiebt sich von selbst der Begriff und die Nothwendigkeit des Strafrechtes im objectiven Sinne. Wenn die Strafe nur unter der Voraussetzung eine rechtliche Einrichtung ist, daß auf der einen Seite die Pflicht besteht, sich ihr zu unterwerfen, auf der anderen Seite das Recht und die Pflicht zugleich, dieselbe zuzufügen, so folgt von selbst, daß ihre Zufügung unter bestimmten rechtlichen Grundsätzen stehen muß. Der Inbegriff dieser Grundsätze ist das Strafrecht im objectiven Sinne des Wortes.

§. 2.

Quellen des Strafrechtes.

Philosophisches und positives Strafrecht.

Die ursprüngliche Quelle der Grundsätze, deren Inbegriff das Strafrecht im objectiven Sinne des Wortes bildet, kann nur in der menschlichen Vernunft liegen.

2) Daß das Recht zu strafen nicht allein Befugniß, sondern auch Pflicht sein müsse, darüber vergl. auch Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Strafrechtes, 2. Aufl. 1840. §. 7. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836. §. 2 und §. 34.

Denn das Strafrecht, wenn es anders Recht sein soll, kann keine andere Quelle haben, als das Recht überhaupt hat, und diese Quelle muß die Vernunft sein, da das Recht nur für und zwischen Vernunftwesen bestehet. Die Vernunft ist aber das Vermögen, zwischen dem Guten und Bösen zu unterscheiden und sich für das Gute zu entscheiden [1]). In diesem Vermögen liegt die Gerechtigkeit und die Idee der Gerechtigkeit. Denn die Gerechtigkeit bestehet darin, daß man sich in seinen Handlungen für das Gute entscheidet, oder daß man vernünftig handelt, und die Idee der Gerechtigkeit ist das erkannte Wesen der Gerechtigkeit oder die Erkenntniß der zur Gerechtigkeit nothwendigen Handlungsweise. In der Idee der Gerechtigkeit und mithin in der Vernunft liegt deßwegen das Recht im objectiven Sinne, welches die Vorschriften aufstellt, die von den Menschen in ihrer Handlungsweise beobachtet werden müssen, damit sie

1) Die Definition von Vernunft, welche Puchta, Cursus der Institutionen, 1841, S. 4 giebt, sie sei das Vermögen, das Nothwendige zu erkennen, ist ungenügend, da die Vernunft nicht bloß in dieser Erkenntniß, sondern zugleich in der Fähigkeit besteht, derselben gemäß zu handeln. Deßwegen kommt auch Puchta zu der irrigen Behauptung, daß sich von dem Begriffe der Vernunft aus nicht zu dem Rechte gelangen lasse, dessen Grundbegriff vielmehr die Freiheit sei, welche mit der Vernunft Nichts gemein habe. Die beste Widerlegung dieses Satzes giebt aber Puchta selbst durch das Resultat, welches er S. 11 aus demselben zieht, daß es dem strengen Rechtsbegriffe nach gleich sei, ob die Person ein guter oder ein böser Mensch sei, da der Böse ebenso wohl frei sei, als der Gute. Richtig ist freilich, was Puchta zur Unterstützung seiner Ansicht S. 10 anführt, daß die Herrschaft über die Erde, welche dem Menschen bei der Schöpfung gegeben sei, nach dem Sündenfalle nicht zurückgenommen worden sei. Aber diese Herrschaft bezog sich bloß auf Fische, Vögel und alles Thier, was auf Erden kriecht, Genesis Cap. 1, V. 28. Darum kann aus der Verleihung dieser Herrschaft nicht das Recht abgeleitet werden, welches nur für und zwischen Menschen bestehet und sich nur auf Menschen beziehen kann.

mit derſelben der Gerechtigkeit entſprechen. Und aus dieſem Rechte im objectiven Sinne entſpringen für den Einzelnen ſeine Rechte im ſubjectiven Sinne, indem daſſelbe allen Menſchen die Pflicht auferlegt, ihre Nebenmenſchen in vernünftiger, gerechter Weiſe zu behandeln, wodurch dieſe das Recht erhalten, wirklich in dieſer Weiſe behandelt zu werden. Daß zu dieſem in der Vernunft liegenden und mithin aus derſelben herzuleitenden Rechte auch das Strafrecht gehöre, oder daß die Beſtrafung eine Handlung ſei, welche die Idee der Gerechtigkeit verlangt, damit der Gerechtigkeit genügt werde, iſt nothwendig, wenn von wirklichem Strafrechte und nicht von bloßer Strafgewalt die Rede ſein ſoll [2]). Dieſes aus der Idee der Gerechtigkeit oder aus der Vernunft abzuleitende Strafrecht iſt das philoſophiſche Strafrecht, deſſen Quelle keine andere iſt, als eben die Idee der Gerechtigkeit. Das philoſophiſche Strafrecht iſt aber allgemeines Strafrecht, welches keinem gegebenen Volke oder Staate im Beſondern angehören kann. Denn wie es in der Sinnenwelt Nichts Allgemeines geben kann, ſondern nur Beſonderes und Einzelnes, ſo kann auch das allgemeine Strafrecht als ſolches nicht in die Erſcheinung treten. Gegebene Völker und Staaten können

2) Es iſt zwar auch ſchon behauptet worden, daß das Strafrecht an und für ſich jedes Falles ein Unrecht ſei, welches nur dadurch gerechtfertigt werden könne, daß durch Ausübung deſſelben ein noch größeres Uebel vermieden werde, nämlich die allgemeine Rechtsunſicherheit, welcher außerdem alle unſchuldigen Bürger ausgeſetzt ſein würden. Barth, über den Rechtsgrund der Strafe, Erlangen, 1833, S. 16 ff. Allein es iſt wohl kaum ernſthaft gemeint, wenn Barth a. a. O. S. 7 behauptet, man habe noch nie daran gezweifelt, daß die Strafe an und für ſich ein Unrecht ſei, und wenn er den Beweis für dieſe Behauptung darin findet, daß die Strafe, wenn ſie an ſich gerecht wäre, keines Rechtsgrundes bedürfte, und daß man ſich alsdann auch keine Mühe gegeben haben würde, einen ſolchen zu finden.

nur ihr eigenes, besonderes Strafrecht haben, welches ihr positives Strafrecht ist, weil es von ihnen selbst gesetzt ist und nur aus ihrem Gesammtwillen hervorgegangen sein kann. Das positive Strafrecht eines gegebenen Volkes kann aber Nichts Anderes sein, als die besondere Form, in welcher das philosophische oder das allgemeine Strafrecht bei demselben in die Erscheinung tritt. Es könnte gar kein positives Strafrecht geben, wenn es kein allgemeines Strafrecht gäbe, während umgekehrt dieses allgemeine Strafrecht nicht in seiner Allgemeinheit, sondern nur als positives Strafrecht in die Erscheinung treten kann. Das allgemeine Strafrecht gehört zwar nicht in die Darstellung eines positiven Strafrechtes, weil es nur eine Voraussetzung desselben bildet; aber jedes Falles muß oder wenigstens darf die Ableitung des Strafrechtes aus der Idee der Gerechtigkeit der Darstellung eines positiven Strafrechtes zur Einleitung dienen [3]).

---

3) Da es gar kein positives Strafrecht geben könnte, wenn sich nicht das Recht zu strafen philosophisch aus der Idee der Gerechtigkeit ableiten ließe, so muß diese Ableitung dem positiven Strafrechte voraufgehen, und kann also nicht in das System desselben gehören. Anderer Meinung ist Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechtes, 1825, 1. Theil, S. 39 und 40, der behauptet, daß die Darstellung des Grundprincips des Strafrechtes in das System des positiven Strafrechtes gehöre und logisch genommen ihre Stelle nach der Lehre vom Strafgesetze habe, weil im positiven Rechte Alles mittelbar oder unmittelbar aus dem Strafgesetze abgeleitet werden müsse. Allein es könnte ja gar keine Strafgesetze geben, wenn sich nicht das Recht zu strafen aus der Idee der Gerechtigkeit ergäbe. Auch hat Wächter dieses thatsächlich anerkannt, indem er von der angenommenen logischen Ordnung abzuweichen und die philosophische Begründung des Strafrechtes der Lehre vom Strafgesetze vorhergehen zu lassen für nöthig befunden hat. Dagegen leugne ich natürlich nicht, daß die philosophische Begründung des Strafrechtes für das positive Strafrecht von den wich-

§. 3.

Philosophische Begründung des Strafrechtes.

Es liegt im Begriffe der rechtlichen Strafe, daß der zu Bestrafende rechtlich gezwungen werden könne, dieselbe zu erleiden [1]). Ohne einen besonders hinzukommenden Grund hat aber der Mensch ein Recht, nicht gestraft zu werden, weil an und für sich Niemandem ein solches Zwangsrecht gegen den Anderen zustehen kann. Jede Bestrafung ist daher eine Entziehung eines dem Bestraften an und für sich zustehenden Rechtes. Also fällt die Frage, ob Jemand unter gewissen Voraussetzungen sich einer Strafe zu unterwerfen habe, zusammen mit der Frage, ob er unter gewissen Voraussetzungen rechtlich gezwungen werden könne, eine Rechtsentziehung zu erleiden. Zur Beantwortung dieser Frage ist nothwendig, auf das Wesen der dem Einzelnen zustehenden Rechte einzugehen und auf den Grund, aus welchem ihm dieselben zustehen. Alle einzelnen Rechte, welche dem Einzelnen zustehen können, sind nur ein Ausfluß oder eine besondere Erscheinungsform des ihm zustehenden allgemeinen Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, und lassen sich darauf zurückführen, daß sie ihm eine bestimmte Beziehung gewähren, in welcher er mit freiem Willen zu handeln berechtigt ist. Der Wille ist die Selbstbestimmung oder die Entschließung zu einer bestimmten Handlung und die Freiheit desselben bestehet darin, daß der Mensch bei dieser Entschließung seine Vernunft gehabt hatte. Der Mensch hat aber freien Willen, weil er Vernunftwesen ist und nur mit freiem Willen vernünftig zu handeln ver-

---

tigsten Folgen ist, welche in dem Systeme desselben ihre Stelle finden müssen.

1) Vergl. §. 1.

mag [2]). Denn die Vernunft ist nicht denkbar ohne die Fähigkeit, mit freiem Willen zu handeln und der Mensch hat diese Fähigkeit, damit er sich für das Gute entscheide, oder damit er vernünftig handele. Weil aber der Mensch als Vernunftwesen die Fähigkeit hat, mit freiem Willen zu handeln, muß er auch das Recht haben, mit freiem Willen zu handeln, so gewiß er das Recht hat, als Vernunftwesen zu existiren. Und hierin liegt der Grund, aus welchem das objective Recht dem Menschen das Recht zuspricht, welches die Grundlage aller einzelnen Rechte ist, die ihm zustehen können, das Recht nämlich, mit freiem Willen zu handeln. Also muß das objective Recht das Recht mit freiem Willen zu handeln, allen Denjenigen zusprechen, die wirklich freien Willen haben, damit sie die ihnen obliegende Pflicht, vernünftig zu handeln, erfüllen. Wie aber der Mensch dieses Recht nur aus dem Grunde hat, damit er die ihm obliegende Pflicht, vernünftig zu handeln, erfülle [3]), so kann ihm dasselbe auch nur unter der Bedingung zustehen, daß er dieser Pflicht wirklich Genüge leiste. Denn wenn Derjenige, der dieser Pflicht zuwider handelt, dieses Recht in derselben Weise haben sollte, als der ihr gemäß Handelnde, so läge darin ein offenbarer Widerspruch gegen die zweifellose Wahrheit, daß der Mensch dasselbe habe lediglich aus

---

2) Darum ist es auch kein Widerspruch, wie Puchta a. a. O. S. 5 behauptet, das Gute mit dem Vernünftigen und das Böse mit dem Unvernünftigen zu identificiren und zugleich die Vernunft als das Princip der Freiheit zu betrachten. Die Freiheit schließt allerdings die Möglichkeit des Bösen in sich: aber daraus folgt nicht, daß die Vernunft, welche die Freiheit erfordert, damit zugleich das Böse erfordere, indem sie vielmehr dem Menschen die Pflicht auferlegt, welche ohne seine Freiheit nicht möglich ist, das Gute zu wählen.

3) Vergl. auch Schmid, Lehrbuch des gemeinen teutschen Staatsrechts, 1821, §. 1.

dem Grunde, damit er die ihm obliegende Pflicht, vernünftig zu handeln, erfülle. In der That würde sich das objective Recht gegen sich selbst auflehnen, wenn es dem Menschen das Recht, mit freiem Willen zu handeln, auch dazu zusprechen wollte, damit er ihm zuwider handele, und es würde in diesen Widerspruch mit sich selbst treten, wenn es anerkennen wollte, daß der ihm zuwider Handelnde dieses Recht in derselben Weise haben könnte, als wer ihm gemäß handelt. Also muß das objective Recht das Recht, mit freiem Willen zu handeln, nothwendig Demjenigen absprechen, der die Pflichten verletzt, die es ihm selbst auferlegt hat.

§. 4.

Fortsetzung.

Darin liegt aber die Rechtfertigung und die Nothwendigkeit der Strafe. Denn der Verlust des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, welchen das objective Recht gegen Denjenigen aussprechen muß, der ihm zuwider handelt, ist eben die Strafe, welche in der Idee der Gerechtigkeit begründet ist. Das objective Recht aber, das dem Menschen eine Handlungsweise vorschreibt, die der Gerechtigkeit gemäß ist, kann sich nicht in dieser Allgemeinheit zu erkennen geben. Da es keine Handlungen im Allgemeinen, sondern nur einzelne bestimmte Handlungen dieser oder jener Art und Richtung geben kann, so muß das objective Recht in einzelne Vorschriften zerfallen, welche für die einzelnen Verhältnisse, in welchen der Mensch sich befinden kann, ihm die Handlungsweise angeben, die der Gerechtigkeit gemäß ist. Daher muß auch für die einzelnen Vorschriften gelten, was für das objective Recht im Allgemeinen nachgewiesen worden ist, daß der Mensch das Recht mit freiem Willen zu handeln nur aus dem Grunde und unter der Be-

dingung hat, daß er denſelben gemäß handelt, und daß er folglich dieſes Rechtes verluſtig werden muß, mit anderen Worten, daß er eine Strafe erleiden muß, wenn er denſelben zuwider handelt. Unter gegebenen Völkern und Staaten können aber das objective Recht und die einzelnen Vorſchriften, in welche es zerfällt, nur als deren poſitives Recht in die Erſcheinung treten, da für ein gegebenes Volk nur ſein eigenes Recht, welches eben ſein poſitives iſt, Gültigkeit haben kann. Und auch für das poſitive Recht eines Volkes und für die einzelnen Vorſchriften, aus welchen es beſtehet, muß gelten, was nothwendig in dem allgemeinen objectiven Rechte enthalten iſt, daß den ihm zuwider Handelnden eine Strafe treffen muß. Denn auch das poſitive Recht würde ſich ſelbſt aufheben und für ungültig erklären, wenn es dem ihm zuwider Handelnden das Recht zugeſtehen wollte, welches nur der ihm gemäß Handelnde haben kann. Manche der Strafen, welche in einem poſitiven Strafſyſteme angenommen ſind, mögen zwar der Idee der Strafe, nach welcher dieſelbe Nichts Anderes iſt, als die Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, nicht vollkommen entſprechen: aber jedes Falles gehört die Beſtimmung einer Strafe gegen die Verletzung ſeiner Vorſchriften ſo nothwendig zur Gültigkeit des poſitiven Rechtes, als es mit Nothwendigkeit aus der Idee der Gerechtigkeit hervorgehet, daß nur der dem objectiven Rechte gemäß Handelnde das Recht haben könne, mit freiem Willen zu handeln. Dieſes iſt ſo wahr, daß eine rechtliche Vorſchrift gar nicht denkbar iſt, ohne daß gegen den Uebertreter derſelben eine Strafe ausgeſprochen werde. Denn eine rechtliche Vorſchrift ohne Strafbeſtimmung gegen ihre Uebertretung würde ein juriſtiſches Unding ſein und ihre eigene Ungültigkeit erklären, weil die Befolgung derſelben die nämlichen rechtlichen Folgen, als die Nichtbefolgung haben würde. Alſo beſtehet die

Strafe mit derselben Nothwendigkeit, mit welcher das Recht überhaupt bestehet, da rechtliche Vorschriften gar nicht gedacht werden können, ohne daß gegen ihre Uebertretungen Strafen bestimmt seien. Die Strafe ist daher eine Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, welche das objective Recht gegen Denjenigen erfordert, der ihm zuwider handelt. Dieselbe ist allerdings insofern ein Uebel, als das Recht, welches durch sie entzogen wird, ein Gut genannt werden kann: aber sie ist weder eine Vergeltung des Uebels, welches der Verbrecher etwa angerichtet hatte, noch ein Ersatz des von ihm hervorgebrachten Schadens, noch ein Mittel der Abschreckung für den Verbrecher selbst oder für Andere [1]), noch eine Rache wegen der Verletzungen, die er Anderen angethan hatte [2]), sondern eine nothwendige Folge des objectiven Rechtes, welches nur dem vernünftig Handelnden das Recht zugestehet, mit freiem Willen zu handeln.

---

1) Eine Kritik der verschiedenen Strafrechtstheorieen, welche die Strafe mit diesen oder ähnlichen Tendenzen zu rechtfertigen suchen, wird weiter unten, von §. 10 an erfolgen.

2) Hiermit nehme ich die in der Einleitung zu meiner Uebersetzung von Romagnosi, Genesis des Strafrechtes, 1833, aufgestellte Theorie, welche man die Rachetheorie genannt hat, ausdrücklich und vor dem größeren Publicum zurück, wie ich dieselbe wenigstens indirect in anderen Schriften und auch mündlich schon längst zurückgenommen habe. Der Hauptgedanke dieser Theorie bestand darin, daß der Staat den durch ein Verbrechen Verletzten zwar untersagen müsse, sich selbst Rache zu nehmen, weil sonst aus dem einen Verbrechen nothwendig mehrere entstehen würden, daß er aber dagegen diese Rache nach einem objectiven leidenschaftslosen Maßstabe selbst übernehmen müsse, so daß die Strafe darnach für eine veredelte Rache ausgegeben werden konnte. Diese Theorie, welche allerdings dem geschichtlichen Entwickelungsgange entspricht, den die Strafe genommen, unterliegt aber immer dem Vorwurfe, daß sie die Strafe auf ein unsittliches und darum unvernünftiges Princip, das der Rache nämlich, begründet.

§. 5.

Oberste Grundsätze des Strafrechtes.

1) Hinsichtlich des Subjectes, dem das Strafrecht zustehet.

Daß der dem objectiven Rechte zuwider Handelnde eine Strafe erleide, wird von dem objectiven Rechte selbst mit Nothwendigkeit erfordert [1]). Daraus folgt, daß das Recht, eine Strafe zuzufügen, nicht dem Einzelnen zustehen kann, sondern nur dem Staate selbst, der befugt und verpflichtet ist, im Namen des objectiven Rechtes zu handeln und dasselbe zur Geltung zu bringen [2]). Denn der Einzelne hat keinen Beruf, im Namen des objectiven Rechtes zu handeln [3]), und ist auch gänzlich außer Stande, einem Anderen ein ihm zugehöriges Recht zu entziehen [4]). Der

---

1) Vergl. §. 3 und 4.

2) Also kann es kein Strafrecht außer dem Staate geben, ebenso wenig als überhaupt vom Rechte außerhalb des Staates die Rede sein kann. Denn Recht und Staat gehören so nothwendig zusammen, daß jenes ohne diesen gar nicht gedacht werden kann. Was Manche, z. B. Klein, Grundsätze des gemeinen peinlichen Rechtes, 1796, §. 9, natürliches Strafrecht nennen, welches auch außerhalb des Staates vorkomme, ist Nichts Anderes, als das gegen ungerechte Angriffe zustehende Vertheidigungsrecht, welches aber mit dem Strafrechte Nichts gemein hat. Etwas Anderes ist das naturrechtliche oder philosophische Strafrecht, welches unmittelbar aus der Vernunft abgeleitet wird und zwar in keinem gegebenen Staate Gültigkeit haben kann, aber eine Voraussetzung aller positiven Strafrechte ist und darauf führt, daß es kein Strafrecht außer dem Staate geben kann.

3) Damit erledigt sich auch die Frage, über welche man gegenwärtig wohl ziemlich einverstanden ist, ob das Strafrecht zu dem öffentlichen Rechte, oder ob es zum Privatrechte gehöre.

4) Nur das Object des Rechtes, nicht aber das Recht selbst kann der Einzelne dem Anderen entziehen, wie z. B. der Bestohlene zwar seine Sache verliert, aber sein Eigenthumsrecht behält.

Staat aber muß zum Strafen nicht allein berechtigt, ſondern auch verpflichtet ſein, weil er das objective Recht außer Geltung ſetzen würde, wenn er erforderlichen Falles nicht ſtrafen wollte. In dem Rechte zu ſtrafen iſt nothwendig Zweierlei enthalten: das Recht der Strafgeſetzgebung und das Recht der Strafzufügung. Zwar kann das Recht zu ſtrafen, abſtract genommen, nicht erſt durch die Strafgeſetzgebung begründet werden, indem vielmehr die Strafgeſetzgebung dem Staate gar nicht zuſtehen könnte, wenn er nicht vorher das Recht zu ſtrafen hätte: aber jedes Falles kann das Recht zu ſtrafen nicht ohne die Strafgeſetzgebung ins Leben treten. Denn die Strafe iſt ſo unmittelbar und nothwendig in dem objectiven Rechte enthalten, daß eine rechtliche Vorſchrift gar nicht möglich iſt, ohne daß gegen den Uebertreter derſelben eine Strafe ausgeſprochen werde [5]). Deßwegen iſt mit dem Rechte des Staates, Gebote und Verbote zu erlaſſen und damit gewiſſe Handlungen oder Unterlaſſungen für unvernünftige zu erklären, auch das Recht, gegen die Uebertreter derſelben Strafen zu beſtimmen, unauflöslich verbunden. Aber aus demſelben Grunde wird es im Staate erſt durch das Strafgeſetz erkennbar, welche Handlungen oder Unterlaſſungen verboten und darum unvernünftig ſeien. Denn wenn es gar kein rechtliches Gebot oder Verbot geben kann, ohne daß gegen den Uebertreter deſſelben eine Strafe ausgeſprochen iſt, ſo

5) Hierin unterſcheidet ſich der Form nach das Rechtsgeſetz von dem Sittengeſetze. Dieſes hat einen ſchlechterdings gebietenden oder verbietenden Charakter: Du ſollſt nicht tödten, ſtehlen u. ſ. w., während jenes auf ſeinen Uebertreter nothwendig eine Strafe ſetzen muß. Ein Rechtsgeſetz, welches bloß verböte, ohne eine Strafe auszuſprechen, würde etwas ganz Unbrauchbares ſein, da ihm alle Erzwingbarkeit abgehen und gar Nichts zu machen ſein würde, wenn ihm Jemand zuwider gehandelt hätte.

folgt von selbst, daß Handlungen oder Unterlassungen, welche unter keiner Strafbestimmung stehen, auch keine verbotenen sein können. Daraus folgt zwar nicht, daß die Strafbestimmung der Grund sei, aus welchem eine Handlung verboten sei, indem vielmehr umgekehrt das Verbotensein der Grund ist, aus welchem die Strafbestimmung gegen dieselbe erlassen ist: aber jedes Falles ist eine Handlung, gegen welche keine Strafbestimmung ausgesprochen ist, keine verbotene, so daß es ohne ein vorhandenes Strafgesetz gar nicht möglich ist, daß Jemand eine Handlung begangen habe, welche als verboten und darum als strafbar gelten könnte. Die Zufügung der Strafe kann aber nur auf den Grund des vorhandenen Strafgesetzes erfolgen, und hat in diesem ihre Rechtfertigung, so wie das Strafgesetz selbst seine Rechtfertigung darin hat, daß dem Staate das Recht zu strafen zustehet.

§. 6.

2) Hinsichtlich der Handlungen, gegen welche das Strafrecht zustehet.

a) Hinsichtlich des Umfanges dieser Handlungen.

Die Handlungen, gegen welche das Strafrecht zustehet, werden Verbrechen genannt, wohl auch Vergehen, wenn sie in minderem Grade strafbar zu sein scheinen. Nach dem Bisherigen müssen alle Handlungen Verbrechen oder Vergehen sein, durch welche einem Verbote des objectiven Rechtes zuwider gehandelt wird. Eine andere Bestimmung des Umfanges der strafbaren Handlungen lässet sich aus dem Grunde, aus welchem die Strafe nothwendig ist, nicht ableiten. Namentlich lassen sich nach diesem Grunde nicht die Verbote bestimmen, gegen deren Uebertretung die Strafe von der Idee der Gerechtigkeit erfordert wird. Denn die Strafe, welche darum nothwendig ist, weil nur dem ver-

nünftig Handelnden das Recht zustehen kann, mit freiem Willen zu handeln, ist nicht der Grund, sondern die Folge dieser Verbote. Zwar müssen dieselben, wie die Strafe, ihren Grund in der Idee der Gerechtigkeit haben: aber dieselbe setzt diese Verbote voraus, wenn sie die Strafe gegen deren Uebertretung erfordert. Welche Handlungen von dem objectiven Rechte verboten seien, kann nur nach der Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit derselben bestimmt werden. Denn der Zweck und Inhalt des objectiven Rechtes ist kein anderer, als die Regeln für ein vernunftgemäßes Handeln aufzustellen. Es müssen alle Handlungen verbotene Handlungen sein, welche vor dem Richterstuhle der Vernunft keine Rechtfertigung finden. Deßwegen kann der Kreis der verbotenen Handlungen nicht beschränkt sein auf solche Handlungen, durch welche andere Personen in ihrer Persönlichkeit oder in ihrem Rechtsgebiete verletzt werden. Vielmehr können auch solche Handlungen, welche der Sitte und öffentlichen Wohlfahrt widersprechen, wenn sie auch keinen Einzelnen unmittelbar verletzen, von dem objectiven Rechte nicht gestattet sein. Denn das Unsittliche ist immer unvernünftig und widerspricht dem objectiven Rechte, wenn es den Bereich des Gedankens überschreitet und in äußere Handlungen ausbricht [1]). In derselben Weise verhält es

---

1) Von dem Standpuncte einer früher sehr verbreiteten Lehre aus könnte man einwenden, daß hiermit die Gränze zwischen Sittengesetz und Rechtsgesetz aufgehoben werde. Denn in ihrem Bestreben, eine feste Gränze zwischen Recht und Moral aufzustellen, haben die älteren Naturrechtslehrer das Gebiet des Rechtes in viel zu enge Schranken verwiesen. So Thomasius in seinen Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori, 1705, indem er das Recht auf die Hauptregel beschränkte, daß Niemand Anderen thun solle, wovon er wolle, daß es Andere ihm nicht thun, und Kant, wenn er

ſich mit ſolchen Handlungen, welche die öffentliche Wohlfahrt gefährden, weil die Vernunft verlangt, daß die Menſchen ihre Handlungen nach den Anforderungen der öffentlichen Wohlfahrt einrichten. Nach dieſen Geſichtspuncten iſt die Vernunft zwar im Stande, jede einzelne Handlung, die begangen wird, oder begangen werden kann, entweder als vernünftig oder als unvernünftig zu erkennen, und darnach zu beſtimmen, ob ſie Verbrechen ſei, oder nicht: dagegen vermag die Vernunft nicht von vorn herein ein vollſtändiges und ſyſtematiſches Verzeichniß der verbrecheri-

---

in ſeiner Schrift „Zum ewigen Frieden", 1795, den Satz aufſtellt, daß jede Handlung recht ſei, die mit Jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Geſetze beſtehen könne. Aber die Handlung, durch welche ein Anderer in ſeinen Rechten verletzt wird, iſt bloß darum Unrecht, weil es unvernünftig iſt, einen Anderen in ſeinen Rechten zu verletzen. Deßwegen kann der Kreis der unrechten Handlungen nicht auf die rechtsverletzenden Handlungen beſchränkt ſein, da es ebenfalls unvernünftig iſt, eine Handlung zu begehen, durch welche das von der Vernunft gegebene Sittengeſetz verletzt wird. Die Gränze und der materielle Unterſchied zwiſchen Sittengeſetz und Rechtsgeſetz beſtehet vielmehr nur darin, daß dieſes für die Handlungen, jenes für die Geſinnungen die vernunftgemäße Norm aufſtellt. Deßwegen widerſpricht jede dem Sittengeſetze widerſprechende Geſinnung, wenn ſie zur Handlung ausbricht, auch dem Rechtsgeſetze, ſo wie umgekehrt jede dem Rechtsgeſetze widerſprechende Handlung, weil ſie aus unvernünftiger Geſinnung hervorgegangen ſein muß, auch dem Sittengeſetze widerſprechen muß. Die Geſinnung, welche einer dem Rechtsgeſetze gemäßen Handlung zu Grunde liegt, kann daher niemals eine unſittliche ſein, ſoweit ſie auf Nichts Anderes als dieſe Handlung gerichtet iſt. Zwar kann bei einer rechtmäßigen Handlung die Geſinnung noch auf andere, unſittliche Zwecke gerichtet ſein, wenn z. B. der reiche Gläubiger ſeinen armen Schuldner von Haus und Hof treiben läßt, bloß um ſich an ſeinem Unglücke zu erfreuen: aber die Geſinnung iſt alsdann nicht inſofern unſittlich, als der reiche Gläubiger von ſeinem Rechte Gebrauch zu machen gedenkt, ſondern nur inſofern er die Schadenfreude hat, ſeinen Schuldner in das Unglück zu bringen.

ſchen Handlungen aufzuſtellen, aus dem einfachen Grunde, weil ſie außer Stande iſt, das Unvernünftige in ein Syſtem zu bringen und zum Voraus zu beſtimmen, in wie verſchiedener Weiſe die Unvernunft zum Ausbruch kommen könne. Im gegebenen Staate aber können nur ſolche Handlungen für Verbrechen gelten, gegen welche in einem Strafgeſetze zum Voraus eine Strafe ausgeſprochen iſt. Denn in der Wirklichkeit kann kein anderes Recht gelten, als poſitives, und das Recht wird zum poſitiven eben dadurch, daß ſeine Vorſchriften nicht unmittelbar aus der Vernunft, ſondern zunächſt aus beſtimmten poſitiven Rechtsquellen hergeleitet werden. Das poſitive Strafrecht muß aber, da es ſelbſt nur eine Erſcheinungsform des Vernunftrechtes iſt, bei ſeinen Strafbeſtimmungen gegen die einzelnen Handlungen von denſelben Geſichtspuncten ausgehen, nach welchen dieſelben auch nach dem Vernunftrechte als ſtrafwürdig erſcheinen.

§. 7.

b) Hinſichtlich der Eigenſchaften dieſer Handlungen.

Das Verbrechen oder die ſtrafbare Handlung iſt die Uebertretung eines rechtlichen Verbotes oder die Begehung einer verbotenen Handlung. Daraus ergeben ſich zwei Beſtandtheile oder Erforderniſſe, welche ſo weſentlich in dem Begriffe des Verbrechens enthalten ſind, daß ohne ſie ein Verbrechen nicht gedacht werden kann. Das erſte dieſer Erforderniſſe iſt der Wille, die in dem Verbote gemeinte Handlung zu begehen; das andere die Darlegung dieſes Willens durch eine äußere Handlung. Ohne das erſte Erforderniß würde nicht von der Uebertretung eines Verbotes die Rede ſein können. Denn jedes rechtliche Verbot iſt Nichts Anderes, als der allgemeine vernünftige Wille, daß die in dem Verbote gemeinte Handlung nicht begangen wer-

den ſolle. Dieſer allgemeine vernünftige Wille iſt aber, eben weil er allgemein iſt, für den Einzelnen ſein individueller vernünftiger Wille, die verbotene Handlung nicht zu begehen. Darum iſt es nicht möglich, daß jenem allgemeinen vernünftigen Willen oder dem Verbote zuwider gehandelt wird, wenn der Handelnde den individuellen vernünftigen Willen hat, die verbotene Handlung nicht zu begehen [1]). Denn das Verbot fällt bei dem Einzelnen zuſammen mit ſeinem individuellen vernünftigen Willen, ſo daß jenem nicht zuwider gehandelt werden kann, ſo lange dieſem gemäß gehandelt wird. Alſo gehört nothwendig zu der Uebertretung des Verbotes oder zu dem Verbrechen, was als erſtes Erforderniß deſſelben aufgeſtellt worden iſt, daß der Wille vorhanden ſei, die verbotene Handlung zu begehen [2]). Der bloße Wille aber, der noch nicht zur Handlung geworden, gehört nicht in das Gebiet des Rechtes. Daher kann derſelbe rechtlich nur unter der Vorausſetzung in Betracht kommen, daß er ſich in einer äußeren Hand-

---

1) Hier liegt der Unterſchied zwiſchen Criminalunrecht, welches Verbrechen iſt und Strafe verdient, und zwiſchen Civilunrecht, welches bloß zum Schadenserſatze verpflichtet. Denn man kann einem Anderen Schaden zufügen auch ohne daß man es will, z. B. wenn man ſeinen Gläubiger nicht bezahlt, weil man gar nicht glaubt, daß man ihm ſchuldig iſt, oder wenn man gegen ſeinen Willen aus bloßer Ungeſchicklichkeit Jemanden beſchädigt. Solchen Verletzungen liegt kein unvernünftiger Wille zu Grunde, weil ſie eben gegen den Willen des Verletzenden zugefügt werden. Sie können daher keine Strafe, ſondern nur die Verpflichtung zum Schadenserſatze begründen, den der Beſchädigte auf dem Wege des Civilproceſſes beitreiben kann.

2) Dieſer Wille iſt in doppelter Weiſe denkbar, entweder als Abſicht, böſer Vorſatz, dolus, wenn er darauf ausging, die verbotene Handlung als das Bezweckte hervorzubringen, oder als Fahrläſſigkeit, culpa, wenn er darauf gerichtet war, die verbotene Handlung möglicher Weiſe hervorzubringen.

lung zu erkennen gegeben hat. Hierin bestehet das andere in dem Begriffe des Verbrechens liegende Merkmal. Ohne dasselbe würde zwar jenes erste Merkmal rechtlich so gut als gar nicht vorhanden sein, weil eben rechtliche Verhältnisse nicht durch bloße Gedanken, sondern nur durch äußere Handlungen begründet werden können: aber auf der anderen Seite kann eine äußere Handlung nicht Merkmal oder Bestandtheil eines Verbrechens sein, wenn sie nicht von dem Willen ausgegangen war, mit ihr die verbotene Handlung zu begehen. Selbst wenn sich eine Handlung ihrer äußeren Erscheinung nach als die verbotene darstellen sollte, würde sie ohne diesen Willen kein Verbrechen sein können, da einem Verbote nicht anders, als mit dem Willen, die verbotene Handlung zu begehen, zuwider gehandelt werden kann. Aber umgekehrt muß auch jeder Handlung, von welcher es mit rechtlicher Gewißheit fest stehet, daß ihr dieser Wille zu Grunde gelegen, für eine solche Handlung gelten, durch welche der Begriff des Verbrechens hergestellt werden kann. Auch wenn sich die mit diesem Willen begangene Handlung ihrer äußeren Erscheinung nach nicht als die verbotene darstellte, müßte sie doch als ein Verbrechen angesehen werden, da das Verbot durch jede Handlung übertreten wird, die mit dem Willen begangen wird, die verbotene Handlung zu begehen.

§. 8.

3) Hinsichtlich der Personen, gegen welche das Strafrecht zustehet.

Das Verbrechen ist eine unvernünftige Handlung, weil es die Uebertretung eines Verbotes ist, welches als ein Ausfluß des vernünftigen Gesammtwillens angesehen werden muß. Daß aber Jemand unvernünftig gehandelt, kann ihm nur unter der Voraussetzung zur Schuld und Strafe zu-

gerechnet werden, daß er fähig war, vernünftig zu handeln. Denn wie das objective Recht das Recht, mit freiem Willen zu handeln, nur Denjenigen zusprechen kann, die denselben wirklich haben [1]), so setzet auch die Strafe, als die Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, nothwendig voraus, daß der zu Bestrafende zu der Zeit, da er durch die Begehung des Verbrechens dieselbe verdiente oder verwirkte, wirklich freien Willen gehabt habe. Diesen freien Willen kann aber nicht gehabt haben, wer gar nicht fähig war vernünftig zu handeln oder das Verbrechen nicht zu begehen, als er bei Begehung desselben unvernünftig handelte. Denn die Freiheit des Willens in Beziehung auf eine begangene Handlung bestehet eben darin, daß man im Stande war, seinen Willen auch zu einer anderen, als der begangenen Handlung zu bestimmen, und diese Fähigkeit gehet Demjenigen ab, der nicht fähig war, seinen Willen nicht zu der verbotenen Handlung zu bestimmen. Also kann das Strafrecht nur gegen solche Personen zustehen, welche durch die Uebertretung eines rechtlichen Verbotes unvernünftig handelten, während sie fähig waren, mit vernünftigem Willen zu handeln. Man nennt die Fähigkeit eines Menschen mit vernünftigem Willen zu handeln, seine Zurechnungsfähigkeit, und das Urtheil, daß er bei Uebertretung eines Verbotes in zurechnungsfähigem Zustande gewesen und deßwegen als schuldig bestraft werden könne, die Zurechnung [2]). Die Zurechnungsfähigkeit, als die Fähigkeit, vernünftig zu handeln, ist also die Fähigkeit, seinen Willen zu den nicht verbotenen Handlungen zu bestimmen.

1) S. oben §. 3.

2) Die Zurechnungsfähigkeit fällt deßwegen nicht zusammen mit dem Willen, die verbotene Handlung zu begehen, indem vielmehr dieser Wille der Gegenstand des Zurechnungsurtheiles ist, durch welches er auf die Zurechnungsfähigkeit bezogen wird.

Zurechnungsunfähig und deßwegen nicht schuldig und strafbar wegen der von ihm begangenen Handlungen wird also Derjenige sein, der nicht fähig ist, seinen Willen zu den nicht verbotenen Handlungen zu bestimmen. Diese Unfähigkeit kann nur darin bestehen, daß der Mensch durch einen inneren krankhaften Zustand genöthigt ist, seinen Willen zu einer verbotenen Handlung zu bestimmen [3]). Ein solcher Zustand macht ihn in der That unfähig, mit vernünftigem Willen zu handeln und darum die Strafe für ihn unanwendbar. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß gegen den Zurechnungsunfähigen Sicherheitsmaßregeln ergriffen werden können, soweit es die gesellschaftliche Sicherheit erfordert.

§. 9.

4) Hinsichtlich der Art und des Maßes, in welchem das Strafrecht zustehet.

Die Strafe ist eine Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln. Darnach bestimmt sich Theils die allgemeine Beschaffenheit der Strafübel, welche rechtlich zulässig sind, Theils das Maß, nach welchem Strafübel zugefügt werden dürfen. 1) Was die allgemeine Beschaffenheit der rechtlich zulässigen Strafübel betrifft, so läßt sich die Entziehung des Rechtes, mit freiem Willen zu handeln, nur dadurch verwirklichen, daß die Menschen hinsichtlich ihres Thuns oder Unterlassens einem Zwange unterworfen werden, der ihre Freiheit aufhebt, sich selbst zu ihrem

3) Daher sind die Thiere nicht zurechnungsfähig, weil sie ihrer Natur nach durch Instinct zu ihren Handlungen bestimmt werden. Die Natur des Menschen ist aber die Freiheit, sich nach eigener Wahl zu seinen Handlungen zu bestimmen. Daher kann es nur ein krankhafter Zustand sein, wenn Jemand durch inneren Trieb genöthigt wird, die verbotene Handlung zu begehen.

Handeln zu bestimmen. Alle Strafübel, welche sich philosophisch rechtfertigen lassen sollen, müssen sich darauf zurückführen lassen, den Bestraften in der Freiheit, nach seinem eigenen Willen zu handeln, zu beschränken. Dagegen sind philosophisch alle Strafübel verwerflich, welche diese nothwendige Natur der Strafe verleugnen und dem Bestraften Leiden oder Qualen zufügen, ohne die Freiheit seines Handelns zu berühren, oder welche sich nicht auf die Entziehung der Handlungsfreiheit beschränken, sondern noch darüber hinaus sich an der Persönlichkeit des Bestraften vergreifen. Namentlich können deßwegen körperliche Züchtigungen aller Art nicht gerechtfertigt werden, weil sie den Bestraften nur quälen, ohne ihn in seiner Freiheit zu beschränken; noch weniger die Todesstrafe, weil sie weiter greift, als worauf sich die Strafe ihrer Natur nach erstrecken soll [1]). 2) Der Maßstab, nach welchem die zulässigen Strafübel angewendet werden dürfen, muß sich nach dem Grade bestimmen, in welchem die zu bestrafende Handlung für unvernünftig gehalten werden muß. Denn die verschiedenen, dem objectiven Rechte widersprechenden Handlungen können nicht alle in gleichem Grade unvernünftig und darum strafbar erscheinen. Zwar sind alle Pflichten, welche das objective Recht auferlegt, in gleichem Grade heilig und unverletzlich, so daß sich von diesem Gesichtspuncte aus für die verschiedenen strafbaren Handlungen kein verschiedenes Strafmaß ergeben würde. Allein die einzelnen Pflichten, welche von dem objectiven Rechte auferlegt und durch die strafbaren Handlungen übertreten werden, sind unter einander, wie an Inhalte, so auch an Umfange in der Weise verschieden, daß es Pflichten giebt, deren Verletzung nicht

1) Von den einzelnen Strafarten ist weiter unten ausführlich die Rede.

möglich ist, ohne daß zugleich andere von dem objectiven Rechte auferlegte Pflichten mit verletzt werden. Daraus ergiebt sich für die verschiedenen strafbaren Handlungen ein relatives Strafmaß, nach welchem eine strafbare Handlung strafbarer ist, als eine andere, je nachdem durch sie eine oder mehrere der durch das objective Recht auferlegten Pflichten verletzt werden [2]). Dieser relative Strafmaßstab setzt aber einen absoluten Strafmaßstab voraus, der die Grundgröße angeben muß, von welcher bei der Ausmessung der Strafen ausgegangen werden muß. Dieser Maßstab kann nur hergenommen werden von der allgemeinen Natur der Strafe, nach welcher dieselbe eine Entziehung des Rechtes sein muß, mit freiem Willen zu handeln, so daß kein Strafübel so geringfügig sein darf, daß es nicht eine wirkliche Entziehung dieses Rechtes enthielte. Das darnach auszumittelnde geringfügigste Strafübel ist aber die von der Vernunft geforderte Strafe für die Verletzung solcher Pflichten, welche nach Inhalt und Umfang als die mindest wichtigen erscheinen. Von dieser Grundgröße aus müssen alsdann gegen andere strafbare Handlungen die größeren Strafübel ausgemessen werden nach dem Inhalte und dem Umfange der Pflichten, welche durch die verschiedenen Verbrechen verletzt werden.

---

2) Z. B. aus der Pflicht, daß Niemand dem Anderen eine auch nur leichte Verletzung beibringen dürfe, folgt mit Nothwendigkeit auch die Pflicht, daß er ihm noch weniger eine schwere Verletzung zufügen, und daß er ihn vollends nicht tödten dürfe. Durch die Tödtung wird daher eine Pflichtverletzung größeren Umfanges begangen, als durch eine schwere Körperverletzung, und durch diese eine größere Pflichtverletzung, als durch eine leichte Körperverletzung.

Zweites Capitel.

Darstellung und Kritik der verschiedenen Strafrechtstheorieen.

§. 10.

Bedeutung der verschiedenen Strafrechtstheorieen.

In dem Bisherigen ist nachgewiesen worden, daß die Strafe von der Vernunft und der in derselben enthaltenen Idee der Gerechtigkeit mit Nothwendigkeit gegen den unvernünftig Handelnden erfordert werde. Auch ist gezeigt worden, daß es gar kein positives Strafrecht geben könnte, wenn sich das Recht zu strafen nicht aus der Vernunft herleiten ließe, da nur unter dieser Voraussetzung die Staatsgewalt befugt sein kann, Strafgesetze zu erlassen [1]). In der That ist jedes positive Strafrecht Nichts Anderes, als die durch Nationalität und Geschichte bestimmte Form, in welcher das von der Vernunft geforderte Strafrecht in die Erscheinung tritt. Deßwegen muß das Strafrecht überall bestehen und hat es auch in der That überall bestanden, wo Menschen unter der Herrschaft des Rechtes gelebt haben. Auch ist noch nie in Zweifel gezogen worden, daß das Strafrecht nothwendig sei, damit von Herrschaft des Rechtes die Rede sein könne. Nicht so einverstanden als über die Nothwendigkeit des Strafrechtes an und für sich sind aber Philosophen und Rechtsgelehrte über den Grund, auf welchem diese Nothwendigkeit beruhet. Vielmehr herrschen darüber die verschiedensten Ansichten, welche nach einem hergebrachten Ausdrucke Strafrechtstheorieen genannt werden. Welche Bedeutung aber dieselben für die Auffassung des positiven Strafrechtes haben, muß sich ergeben aus der Betrachtung des Einflusses, den sie auf die Gestaltung des positiven

1) S. oben §. 2.

Strafrechtes gehabt haben können. In dieser Beziehung ist zuvörderst gewiß, daß es nicht von der subjectiven Ansicht eines Gesetzgebers abhängen kann, ob es überhaupt ein positives Strafrecht geben solle, oder nicht. Denn das Strafrecht ist ein so nothwendiger und integrirender Bestandtheil des positiven Rechtes, daß rechtliche Vorschriften gar nicht denkbar sind, ohne daß an die Uebertretung derselben eine Strafe gebunden ist. Ferner ist gewiß, daß die Ansicht, welche von dem Gesetzgeber gehegt wird über den Grund, aus welchem das Strafrecht nothwendig sei, den wahrhaften Grund dieser Nothwendigkeit nicht berühren oder verändern kann. Denn durch die subjective Ansicht des Gesetzgebers kann die objective Wahrheit der Dinge nicht aufgehoben oder verändert werden. Endlich ist gewiß, weil es aus den eben gegebenen beiden Sätzen folgt, daß durch die subjective Ansicht des Gesetzgebers ebenso wenig aufgehoben oder verändert werden kann, was aus jenem wahrhaften Grunde als oberstes Princip für das positive Strafrecht hergeleitet werden muß. Dieses oberste Princip bestehet aber darin, daß die Strafe nur Demjenigen zugefügt werden kann, der eine Vorschrift des positiven Rechtes übertreten hat, und daß sie ihm nur darum zugefügt werden kann, weil er dieselbe übertreten, und mithin nur nach dem Verhältniß, in welchem er dieselbe verdient hat. In der That würde nicht von einem positiven Strafrechte die Rede sein können, wenn in einer Gesetzgebung dieses Princip aufgegeben und anerkannt wäre, daß Jemand mit Strafübeln belegt werden könne aus einem anderen Grunde, als weil er dieselben verdient habe [2]).

---

2) Weil dieses Princip in jeder positiven Strafgesetzgebung vorausgesetzt sein muß, ist es Theils überflüssig, Theils unzweckmäßig, daß es in einem Strafgesetzbuche ausdrücklich ausgesprochen werde. In dem Entwurfe des Strafgesetzbuches für das Königreich Baiern (1810) hatte

§. 11.

Fortsetzung.

Auf der anderen Seite liegt es im Begriffe des positiven Rechtes, daß es aus den Ansichten hervorgegangen sei, welche zur Zeit seiner Entstehung die herrschenden gewesen sind. Darum sind die Satzungen desselben verschieden nach der Verschiedenheit der Zeiten und Nationalitäten, während doch für alle Zeiten und Nationalitäten die Nothwendigkeit des positiven Strafrechtes an und für sich in gleicher Weise bestehet. Aus dem Bisherigen ist aber klar, daß der Einfluß der herrschenden Ansichten auf die Gestaltung des positiven Strafrechtes sich nur geltend machen kann auf der Grundlage jenes obersten Principes, das sich aus dem Grunde ergiebt, auf welchem die Nothwendigkeit des positiven Strafrechtes beruhet. Auf dieser Grundlage aber kann sich nicht allein, sondern muß sich dieser Einfluß in zweifacher Beziehung geltend machen, zuvörderst in Hinsicht der Handlungen, welche bestraft werden sollen, und ferner in Hinsicht

---

Feuerbach Art. 6 ausdrücklich ausgesprochen, daß „dem Uebertreter zur Abschreckung" gestraft werden solle. Allein mit Recht wurden diese Worte in dem Gesetzbuche selbst (1813), Art. 1 hinweg gelassen. Denn ein Gesetzbuch kann gar nicht anders als davon ausgehen, daß der Gerechtigkeit wegen gestraft werden solle. Vergl. Abegg, Lehrbuch §. 54, und: die verschiedenen Strafrechtstheorieen, 1835, §. 38. Note 193. Auch bei den neueren Gesetzbüchern hat man es vermieden, sich über eine bestimmte Strafrechtstheorie auszusprechen. Vergl. z. B. die Motiven zu dem Entwurfe eines Criminalgesetzbuches für das Königreich Sachsen (Landtagsacten vom Jahre 1836, S. 83) und Motive zu dem Criminalgesetzbuche für das Herzogthum Braunschweig (1840), §. VI. Aber daraus folgt nicht, daß die Ansicht, welche von dem Gesetzgeber gehegt wird über die Nothwendigkeit der Strafe, auf den Inhalt des Strafgesetzbuches ohne Einfluß bleiben könne. Vergl. den nächsten §.

der Strafen, mit welchen dieselben belegt werden sollen. Was die erste Beziehung betrifft, so kann zwar die Ansicht, welche der Gesetzgeber über die Nothwendigkeit der Strafe hat, ihm keine Entscheidung darüber geben, welche Verbote er überhaupt erlassen solle, weil die Strafe, die auf einer Handlung stehet, nicht der Grund, sondern nur die Folge des Verbotenseins derselben sein kann [1]); ebenso wenig kann es von dieser Ansicht abhängen, welche Handlungen Uebertretungen des ein Mal vorhandenen Verbotes seien, da eine Handlung, welche nicht wirklich Uebertretung ist, es auch nicht durch die Ansicht und Bestimmung des Gesetzgebers werden kann [2]): aber jedes Falles muß diese Ansicht von

---

1) Darnach ist es ein unlogisches Verfahren, dessen sich freilich viele der weiter unten anzuführenden Strafrechtstheorieen schuldig machen, die Beantwortung der Frage, welche Handlungen mit Strafe zu bedrohen seien, von der Ansicht über die Nothwendigkeit oder den Rechtsgrund der Strafe abhängig zu machen. Die Strafrechtstheorie kann nur zu dem Resultate führen, daß alle Handlungen, durch welche eine Vorschrift des objectiven Rechtes verletzt wird, bestraft werden müssen. Diese Vorschriften sind aber eine von der Nothwendigkeit der Strafe unabhängige Voraussetzung, und nicht eine Folge derselben, vgl. oben §. 6. Deßwegen kann, wenn in dem positiven Strafrechte eine Handlung nicht mit Strafe bedrohet ist, der Grund nur darin liegen, daß der Gesetzgeber keine Ursache zu haben glaubte, dieselbe zu verbieten, nicht aber darin, daß er sie nicht bestrafen zu können glaubte, ungeachtet sie ihm eigentlich verboten werden zu müssen schien. Daher ist z. B. der Schluß falsch, der von den Wiedervergeltungstheorieen mitunter gemacht wird, daß unsittliche Handlungen, welche Niemanden in seinen Rechten verletzen, aus dem Grunde nicht bestraft werden können, weil die Strafe eine Vergeltung des einem Anderen angethanenen Uebels sei.

2) Ein Strafgesetz kann gar nicht wollen, daß eine Handlung, welche keine Uebertretung eines Verbotes ist, mit Strafe belegt werde. Vergl. §. 10. Darum können die Eigenschaften, welche dazu gehören, daß eine Handlung Uebertretung eines Verbotes sei (s. oben §. 7), nicht

Einfluß sein bei Bestimmung der Frage, welche Uebertretungen des Verbotes mit Strafe belegt werden sollen [3]). Denn wenn der Gesetzgeber nicht von der Ansicht ausgehet, daß die Strafe nur darum nothwendig sei, weil die Idee der Gerechtigkeit verlangt, daß jeder Uebertretung eines Verbotes eine entsprechende Strafe folge, sondern wenn er die Strafe für nothwendig hält aus anderen Gründen, etwa weil die Idee der Gerechtigkeit verlange, daß dem Verbrecher vergolten werde, oder weil die Rechtsordnung nicht würde bestehen können, ohne daß die Menschen durch die Strafe von Verbrechen abgeschreckt würden, so wird er je nach der Verschiedenheit dieser Ansichten nothwendig verschieden bestimmen müssen, welche Uebertretungen des Verbotes mit Strafe belegt werden sollen [4]). In derselben

---

von den Bestimmungen des Gesetzgebers abhängen. Aus diesem Grunde ist es nicht zweckmäßig, allgemeine Bestimmungen über dolus und culpa in ein Strafgesetzbuch aufzunehmen. Vergl. über diese Frage Kitka, im Archiv des C. R. neue Folge, 1835. S. 219 ff. und Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, erster Beitrag, 1841. S. 171 f. Anderer Meinung ist Birnbaum, im Archiv des C. R. 1837. S. 276 ff. und 473 ff.

3) Denn daraus, daß nur Uebertretungen eines Verbotes bestraft werden können, folgt noch nicht, daß der Gesetzgeber jede Handlung, welche wirklich Uebertretung ist, als solche erkannt habe und mit Strafe belegt wissen wolle.

4) Ein erläuterndes Beispiel bietet die Streitfrage über die Strafbarkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln. Eine Uebertretung des Verbotes wird auf jeden Fall begangen, wenn Jemand eine Handlung begehet mit dem Willen, die verbotene Handlung zu begehen, auch wenn er nicht die tauglichen Mittel anwandte, seinen Zweck zu erreichen (s. oben §. 7). Wenn man aber von der Ansicht ausgehet, daß die Strafe nothwendig sei, um die Gesellschaft zu schützen gegen solche Handlungen, welche den rechtlichen Zustand nicht allein subjectiv, sondern auch objectiv gefährden, so kann man zu dem Resultate kommen, daß jene Uebertretung nicht bestraft werden dürfe. Vergl. hierüber vor-

Weise muß die Ansicht des Gesetzgebers von Einfluß sein in der anderen Beziehung, hinsichtlich der Strafen nämlich, mit welchen die verbrecherischen Handlungen belegt werden sollen, sowohl der Strafarten, welche ihm im Allgemeinen als zulässig erscheinen, als auch des Strafmaßes, welches durch die einzelnen verbrecherischen Handlungen verwirkt werden soll [5]). Denn wenn auch der Gesetzgeber nothwendig von der Ansicht ausgehen muß, daß Jeder nur die von ihm verdiente Strafe erleiden solle, so muß doch die Entscheidung, welche Strafe die verdiente sei, nothwendig verschieden ausfallen, je nachdem von verschiedenen Ansichten über die Nothwendigkeit der Strafe dabei ausgegangen wird. Wie aber auf diese Weise die verschiedenen Ansichten über die Nothwendigkeit der Strafe auf die Gestaltung des positiven Strafrechtes von Einfluß gewesen sein müssen, indem jede einzelne Bestimmung desselben aus irgend einer Ansicht hervorgegangen ist [6]), so muß auch die Kenntniß der-

---

vorläufig Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1. Thl. 1836, §. 128, und von Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie, 2. Thl. 1839, S. 46. Ein anderes Beispiel: der Wille die verbotene Handlung zu begehen und mithin die Uebertretung des Verbotes ist an und für sich möglich, auch ohne daß der Handelnde das Strafgesetz, in welchem das Verbot enthalten war, gekannt hatte; wer aber die Strafe für nothwendig hält, um durch die Androhung derselben von Verbrechen abzuschrecken, kann die Uebertretung in diesem Falle nicht für strafbar halten. Vergl. v. Preuschen a. a. O. §. 2.

5) Z. B. über die Zulässigkeit der Todesstrafe müssen sich die verschiedenen Strafrechtstheorieen verschieden entscheiden, je nachdem sie die Nothwendigkeit der Strafe in Besserung, Vergeltung oder Abschreckung setzen. v. Preuschen a. a. O. §. 12.

6) Es mag sein, obgleich es nicht gerade als ein Vorzug anerkannt werden kann, daß einem positiven Strafrechte verschiedene dieser Ansichten zu Grunde liegen, zumal wenn die einzelnen Bestimmungen desselben aus verschiedenen Zeiten herstammen (über die verschiedenen im

ſelben für die Auffaſſung des poſitiven Strafrechtes unerläßlich ſein, zumal in dem Falle, da ein Geſetz mehrfacher Auslegung fähig iſt, je nachdem ihm die eine oder andere der verſchiedenen Strafrechtstheorieen zu Grunde gelegt wird. Darum muß die Darſtellung und Kritik derſelben die Aufgabe der nächſtfolgenden §§. bilden.

§. 12.

Ueberſicht und Eintheilung der verſchiedenen Strafrechtstheorieen [1]).

Um eine Ueberſicht der verſchiedenen Strafrechtstheorieen zu gewinnen, unterſcheidet man zweckmäßig drei Claſſen derſelben [2]). Die eine Claſſe bildet die abſolute, die andere Claſſe die relative, die dritte Claſſe die gemiſchte Straf-

---

gemeinen teutſchen Strafrechte ausgeſprochenen Anſichten vergl. Abegg, die verſchiedenen Strafrechtstheorieen, S. 78 ff.); daß aber die Strafrechtstheorie, von welcher ausgegangen wurde, von nothwendigem Einfluß geweſen ſein müſſe nicht nur im Allgemeinen, ſondern auch bei den Einzelnheiten, darüber vgl. Schaffrath Grundwiſſenſchaft des Rechts und ins Beſondere des Strafrechts, 1841, §. 209 und 210.

1) Die Litteratur über die verſchiedenen Strafrechtstheorieen ſ. bei Kappler, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, 1838, S. 215 ff. Außer den daſelbſt genannten Schriften ſind vorzüglich noch zu bemerken: v. Preuſchen, die Gerechtigkeitstheorie, 2 Thle. 1839; Hepp, Jeremias Benthams Grundſätze der Criminalpolitik im Auszuge und ſyſtematiſchen Zuſammenhange, 1839; Mittermaier im §. 7 der 13. Ausgabe des Feuerbach'ſchen Lehrbuches, 1840; Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1840, Abhandl. 1; Henrici, über die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincipes, 2. Auflage, 1841. Ueber die höchſten Principien von Recht, zur Begründung des Criminalrechts, Frankfurt 1841. Schaffrath, Grundwiſſenſchaft des Rechts und ins Beſondere des Strafrechts, 1. Heft, 1841. §. 182 ff.

2) Ueber die Eintheilung und Claſſificirung der verſchiedenen Strafrechtstheorieen vergl. vorzüglich Bauer, die Warnungstheorie, 1830, §. 51 u. 52, und Abhandlungen, S. 27.

rechtstheorie. Die absolute Theorie [3]) leitet die Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit der Strafe unmittelbar aus dem Rechte oder der Idee der Gerechtigkeit her, von welcher die Strafe ohne Beziehung auf einen durch sie zu erreichenden Zweck erfordert werde, so daß lediglich das in der Vergangenheit liegende Verbrechen der hinreichende Grund der zu verhängenden Strafe und diese ihr eigener von der Gerechtigkeit gebotener Zweck sei. Die relative Theorie gehet von einem Zwecke aus, dessen Erreichung sie für die Erhaltung der Rechtsordnung und des Staates nothwendig hält, und gründet die Rechtmäßigkeit der Strafe darauf, daß sie dieselbe als ein zur Erreichung dieses Zweckes nothwendiges Mittel, welches zugleich an sich rechtmäßig sei, nachzuweisen bemühet ist. Die relative Theorie erblickt daher in dem begangenen Verbrechen nur einen Gelegenheitsgrund zur Verhängung der Strafe, indem der eigentliche rechtliche Grund derselben in einen in der Zukunft zu erreichenden Zweck gesetzt wird. Die Anhänger der absoluten Theorie pflegen gern für dieselbe sich des Ausdruckes Gerechtigkeitstheorie und für die relative Theorie des Ausdruckes Nutzenstheorie zu bedienen [4]). Allein mit diesen Ausdrücken wird der zwischen beiden Classen von Strafrechtstheorieen Statt findende Unterschied nicht hervor gehoben. Denn dieser Unterschied bestehet nicht darin, daß die absolute Theorie gar keinen Zweck durch die Strafe zu erreichen beabsichtigte, und daß es der relativen Theorie nicht darum zu thun wäre, die Gerechtigkeit der Strafe zu erweisen [5]). Die absolute Theorie

---

3) Dieser Bezeichnung bediente sich zuerst Zachariä, im alten Archiv des C. R. III. Band, 4. Stück, S. 40.

4) Vergl. z. B. Mittermaier, im §. 7 zu Feuerbach's Lehrbuch, 13. Ausgabe.

5) Mit Recht protestirt Bauer, Abhandlungen S. 39, gegen die Bezeichnung Nutzenstheorieen. Wenn er aber dagegen vorschlägt, die

bezweckt vielmehr, wenn sie behauptet, daß die Strafe eine Forderung der Gerechtigkeit sei, mit der Strafe Nichts Anderes als die Befriedigung dieser Forderung [6]), und die relative Theorie, welche nachzuweisen glaubt, daß die Strafe ein nothwendiges Mitttel sei zur Erhaltung der Rechtsordnung oder zur Herrschaft des Rechtsgesetzes, muß eben darin den Beweis finden, daß die Strafe Etwas Gerechtes sei, weil die Anwendung eines ungerechten Mittels die Aufhebung der Rechtsordnung sein würde und nicht zur Erhaltung derselben beitragen könnte [7]). Der Unterschied zwischen absoluter Theorie und zwischen relativer kann daher nur die Art und Weise betreffen, in welcher die Strafe als Mittel zu diesem Zwecke gedacht wird. Und in dieser Beziehung bestehet der Unterschied darin, daß nach der absoluten Theorie die Strafe das unmittelbare Mittel ist, diesen Zweck zu erreichen, indem gestraft werden soll, damit gestraft werde, mit anderen Worten, indem die Strafe angewendet wird, damit der Gerechtigkeit, welche die Strafe fordere, genügt werde, während die relative Theorie die Strafe nur als mittelbares Mittel zur Erreichung dieses Zweckes betrachtet, indem sie zunächst und unmittelbar nicht die Erhaltung der Rechtsordnung selbst, sondern einen anderen Zweck beabsichtigt, dessen Erreichung von ihr für nothwendig zur Erhaltung der Rechtsordnung gehalten wird. Die relative Theorie würde nicht strafen, wenn sie die Ueberzeugung haben könnte, daß die Wirkung, welche sie der Strafe zunächst

---

absoluten Theorieen Rechtstheorieen und die relativen Theorieen Klugheitstheorieen zu nennen, so hätte er sich die verbetene Bezeichnung wohl auch gefallen lassen können.

6) Vergl. auch Abegg, Lehrbuch §. 35 a. E.

7) Daher behauptet Schaffrath, Grundwissenschaft §. 185, mit Recht, daß die relativen Theorieen ebenso sehr, wie die absoluten, Anspruch haben, Gerechtigkeitstheorieen genannt zu werden.

zuschreibt und durch dieselbe zunächst beabsichtigt, nicht nothwendig sei, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten: die absolute Theorie kann die Strafe unter keiner Voraussetzung für entbehrlich halten, weil sie dieselbe nicht erst auf einen nächsten Zweck beziehet, durch dessen Erreichung ihr endlicher Zweck, Erhaltung der Rechtsordnung, erreicht werden sollte. Die gemischte Theorie endlich ist diejenige Theorie, welche das absolute und das relative Princip in der Weise verbindet, daß sie die Strafe zwar als die von der Gerechtigkeit geforderte Folge des Verbrechens ansieht, aber dieselbe nicht lediglich zu dem Zwecke zufügen will, dieser Forderung der Gerechtigkeit zu genügen, sondern daneben noch einen anderen durch die Strafe zu erreichenden Zweck annimmt, und die nach der Gerechtigkeit verdiente Strafe nur unter der Voraussetzung anwenden will, daß sie nothwendig erscheint, diesen Zweck zu erreichen [8]).

§. 13.

Darstellung der absoluten Strafrechtstheorie.

Insofern das Wesen der absoluten Theorie darin besteht, die Strafe aus der Gerechtigkeit herzuleiten und lediglich um der Gerechtigkeit willen anzuwenden, so daß die Gerechtigkeit zugleich als Grund und als Zweck der Strafe erscheint,

8) Ich nehme hier die gemischte Theorie in einem engeren Sinne, als hergebracht ist. Gewöhnlich nennt man gemischte Theorieen auch diejenigen, welche nicht bloß einen Zweck, sondern mehrere Zwecke durch die Strafe zu erreichen beabsichtigen. Diesen gemischten Theorieen setzt man alsdann die einfachen Theorieen gegenüber, welche bloß einen Zweck der Strafe annehmen. Allein die auf diese Weise aus mehreren relativen Theorieen zusammengesetzten Theorieen bleiben doch immer relative Theorieen, und bedürfen keiner besonderen Darstellung und Kritik, weil sich dieselbe aus der Darstellung und Kritik der einfachen relativen Theorieen von selbst ergiebt.

kann es nur eine absolute Theorie geben. Dagegen stimmen die Ansichten nicht überein über die Art und Weise, in welcher die Strafe aus der Gerechtigkeit herzuleiten sei, und nach der Verschiedenheit dieser Ansichten kann man mehrere absolute Theorieen unterscheiden [1]). Zu denselben kann zuvörderst die Ansicht gerechnet werden, welche das Strafrecht als ein der Obrigkeit von Gott übertragenes Recht betrachtet und darin die genügende Rechtfertigung der Strafe findet [2]). Denn diese Ansicht gehört der absoluten Theorie wenigstens insofern an, als sie nicht, wie die relative Theorie, die Strafe auf einen zu erreichenden Zweck beziehet. Damit verwandt ist die Ansicht, welche, indem sie in dem Staate die äußere Ordnung Gottes auf Erden findet, das Recht dieser göttlichen Ordnung in ihre Herrschaft über die Menschen und die Gerechtigkeit des Staates darein setzt, daß er die Herrschaft seiner eigenen Ordnung aufrecht erhalte, was dadurch geschehe, daß er dieselbe, wenn sie verletzt worden, gegen den Verletzer wieder herstelle. Diese Wiederherstellung bestehe aber in der Bewältigung, d. i. der Vernichtung oder dem Leiden des Verletzers, damit die Herrschaft der göttlichen Ordnung an ihm sich bewähre, und diese Bewältigung sei die Strafe [3]). Als Begründer der eigentlichen absoluten Theorie, welche nicht, wie die bisher angegebenen Ansichten, die göttliche Gerechtigkeit von der menschlichen vertreten las-

---

1) Vergl. Abegg, Lehrbuch, §. 27.

2) Epist. ad Roman. XIII. 4. *Ἐὰν τὸ κακὸν ποιῇς, φοβοῦ τὴν ἐξουσίαν· οὐ γὰρ εἰκῇ τὴν μάχαιραν φορεῖ· θεοῦ γὰρ διάκονός ἐστιν· ἔκδικος εἰς ὀργὴν τῷ τὸ κακὸν πράσσοντι.* — Sachsenspiegel, Buch I. Art. 1: „Zwei swert liz got in ertriche zu beschirmene die cristenheyt. Deme babste ist gesaczt daz geistliche. Deme kaisere daz wertliche."

3) Stahl, die Philosophie des Rechts, 2. Band, 2te Abtheilung (1837), S. 363 ff.

sen will, kann Kant angesehen werden, der behauptet, das Strafgesetz sei ein kategorischer Imperativ, der die Strafe unbedingt fordere und zwar nach dem Principe der Gleichheit, in der Weise, daß Jeder das unverschuldete Uebel, welches er einem Anderen im Volke zufüge, sich selbst anthue. Daher könne nur durch das Wiedervergeltungsrecht, aber nicht nach dem Privaturtheile des Verletzten, sondern nur vor den Schranken des Gerichtes, Qualität und Quantität der Strafe bestimmt werden [4]). Für den Kantischen kategorischen Imperativ setzt Henke die Idee der Gerechtigkeit, kraft deren jeder Verbrecher als Mitglied des Staates sich in seinem rechtlichen Bewußtsein gedrungen fühle, sich selber als strafbar anzuerkennen und der Strafe nicht unwillig als einem äußeren Zwange sich zu unterwerfen, sondern sie zu fordern als die durch die Vernunft gebotene Folge seiner Missethat. Die Strafe sei aber eine Rückwirkung gegen den Versuch des Verbrechers, sich dem Gesetze des Ganzen zu

4) Kant, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl. 1798, S. 226 ff. Nach dieser Wiedervergeltungstheorie müsse der Dieb sich selbst bestehlen und sich der Sicherheit alles nützlichen Eigenthumes berauben; er habe Nichts und könne auch Nichts erwerben, wolle aber doch leben und müsse deßhalb von Anderen ernährt werden; weil dieses der Staat aber nicht umsonst thun werde, so müsse er diesem seine Kräfte zu beliebigen Arbeiten überlassen und also auf bestimmte Zeit oder nach Befinden auf immer in den Sclavenstand kommen. Wer gemordet habe, müsse sterben, und es gebe hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit. Denn zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode sei keine Gleichartigkeit und also auch keine Gleichheit des Verbrechens und der Wiedervergeltung, als durch den am Verbrecher gerichtlich und ohne alle Mißhandlung vollzogenen Tod. Selbst wenn die bürgerliche Gesellschaft im Begriffe sei, sich aufzulösen, müsse zuvor der letzte im Gefängnisse befindliche Mörder hingerichtet werden, damit Jedem das widerfahre, was seine Thaten werth seien, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte.

entziehen, und durch dieſe Rückwirkung, welche dieſen Verſuch vereitele, werde die Harmonie des Ganzen wieder hergeſtellt [5]). Auch Richter leitet die Strafe her aus der Idee der Gerechtigkeit, in welcher die Nothwendigkeit einer rechtlichen Ausgleichung zwiſchen den Gütern und Rechten des Gekränkten und des Verbrechers enthalten ſei. Die Strafe ſei der gleiche Verluſt von Gütern und Rechten, welchen der Verbrecher der Ausgleichung wegen erleiden müſſe, und für Verbrechen, welche entweder das ſinnliche Daſein der Bürger vernichten, oder die Möglichkeit ihres Zuſammenlebens als freier Menſchen aufheben, ſei die Todesſtrafe die einzig gerechte [6]). In anderer Weiſe hat Hegel eine Wiedervergeltungstheorie zu begründen verſucht. Weil das Recht, ſo lehrt er, als Abſolutes unaufhebbar ſei, ſo müſſe das Unrecht in ſich ſelbſt nichtig ſein. Was aber nichtig ſei, müſſe ſich auch als ſolches manifeſtiren, d. h. ſich als ſelbſt verletzbar hinſtellen. Der Verbrecher aber zeige, daß für ihn nicht das Recht als der allgemeine Wille, ſondern nur ſein beſonderer Wille Geſetz ſei. Und dieſer beſondere Wille des Verbrechers ſei als ſolcher nichtig und verletzbar. Die Verletzung deſſelben ſei das Aufheben des Verbrechens, das ſonſt gelten würde, und die Wiederherſtellung des Rechtes. Die Verletzung des Verbrechers ſei aber nicht nur an ſich gerecht, ſondern auch Das, was ihm gebühre, da ſie ſein Recht ſei und ihm nach ſeinem eigenen Willen widerfahre. Denn da er ſein Verbrechen als ein vernünftiges Weſen begangen, ſo habe er durch daſſelbe ein Geſetz aufgeſtellt, das er für ſich anerkannt, unter welches er alſo, als unter ſein

---

5) Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823, §. 2 und 3.

6) Richter, das philoſophiſche Strafrecht, begründet auf die Idee der Gerechtigkeit, 1829, S. 98, 102 ff.

Recht, subsumirt werden dürfe. Die Strafe sei demnach Verletzung der Verletzung, und insofern Vergeltung. Da jedes Verbrechen einen gewissen quantitativen und qualitativen Umfang habe, so müsse auch jede Strafe als Negation des Verbrechens, ihrer Qualität und Quantität nach, einen entsprechenden Umfang haben. Deßwegen brauche die Strafe zwar nicht in einer dem Verbrechen specifisch gleichen Verletzung zu bestehen, indem sie nur dem Werthe des Verbrechens gleich kommen müsse: aber auf den Mord stehe nothwendig Todesstrafe, da es für das Leben keinen auszumittelnden Werth gebe [7]).

§. 14.

Kritik der absoluten Strafrechtstheorieen.

Es bedarf nach der oben entwickelten Ableitung des Strafrechtes aus der Idee der Gerechtigkeit keiner weiteren Auseinandersetzung, daß die absolute Theorie vollkommen Recht darin hat, daß sie von dem Princip ausgeht, die Strafe müsse, wenn sie als rechtliche Einrichtung gelten solle, als nothwendig aus der Idee der Gerechtigkeit hervorgehend nachgewiesen werden [1]). Dagegen kann den bisher aufgestellten Versuchen, eine absolute Theorie zu begründen, nicht Recht gegeben werden in Ansehung der Weise, in welcher sie das Strafrecht aus der Idee der Gerechtigkeit herleiten wollen. Daß die Berufung auf eine göttliche Uebertragung, durch welche das Strafrecht der Obrigkeit verliehen sei, oder auf eine göttliche Ordnung, welche, wenn sie durch das Verbrechen verletzt worden sei, zu ihrer Wiederherstellung der Strafe bedürfe, nicht ausreiche, das Strafrecht philosophisch

---

7) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Ausgabe von Gans, 1833), §. 82—103.

1) S. oben §. 3 und 4.

zu begründen und zu rechtfertigen, braucht kaum bemerkt zu werden. Denn eine göttliche Uebertragung des Strafrechtes kann man sich nicht denken, ohne zugleich anzunehmen, daß die Gottheit der Obrigkeit auch die Weise angegeben habe, in welcher dieses Recht ausgeübt werden müsse [2]). Und daß das nicht der Fall gewesen sei, zeigt die Entwickelungsgeschichte des Strafrechtes unwiderleglich, da weder die frühere Weise, in welcher das Strafrecht ausgeübt wurde, noch auch überhaupt der Umstand, daß die Ausübung desselben in den verschiedenen Zeiten und bei den verschiedenen Völkern keines Weges eine gleichförmige gewesen ist, mit einer göttlichen Anordnung vereinigt werden kann [3]). Darum kann aber eben so wenig angenommen werden, daß das Recht der göttlichen Ordnung auf Erden durch das Verbrechen verletzt und durch die Strafe wieder hergestellt werde. Denn auch diese Ansicht läuft darauf hinaus, das Strafrecht auf eine göttliche Uebertragung zu begründen. Wenn Kant sagt, das Strafgesetz sei ein kategorischer Imperativ, oder Henke, die Strafe sei die durch die Vernunft gebotene Folge der Missethat, so scheint darin nur die Anerkennung der Nothwendigkeit, daß das Strafrecht aus der Vernunft oder aus der Idee der Gerechtigkeit hergeleitet werden müsse, nicht aber die wirkliche Herleitung zu liegen [4]). Jedes Falles hat Kant mit der Behauptung Unrecht, daß der

2) Denn die Uebertragung wäre auf jeden Fall nur darum geschehen, damit die Obrigkeit das Strafrecht wirklich ausübte, und diese Ausübung ist nur in dieser oder jener bestimmten Weise denkbar.

3) Wenn man annehmen muß, daß die Gottheit die Weise angegeben habe, in welcher das Strafrecht ausgeübt werden muß, so müßte dieselbe vom Anfang an vollkommen gewesen und unveränderlich sein.

4) In ähnlicher Weise berufen sich viele Andere für die Nothwendigkeit der Strafe auf die Gerechtigkeit, ohne näher anzugeben, in-

kategorische Imperativ die Strafe nach dem Principe der Gleichheit oder nach dem Wiedervergeltungsrechte erfordere, in der Weise, daß Jeder das unverschuldete Uebel, welches er Anderen im Volke zufüge, sich selbst anthue. Denn das Gebiet der strafbaren Handlungen ist nicht beschränkt auf solche Handlungen, durch welche Andere in ihren Rechten verletzt werden [5]), ebenso wenig als die verlangte Wiedervergeltung der Gerechtigkeit gemäß sein kann. Die Gleichheit, welche die Idee der Gerechtigkeit allerdings erfordert, bestehet nur darin, daß jeder Mensch in gleichem Maße das Recht hat, mit freiem Willen zu handeln, unter der Bedingung, daß er dem Rechtsgesetze gemäß handelt, keines Weges aber in einer Gleichheit des Gebens und Empfangens [6]), und noch weniger in einer Vergeltung der einen

---

wiefern die Strafe aus der Gerechtigkeit hervorgehe. Z. B. Abegg, Lehrbuch, §. 48, indem er die Grundlage des Strafrechtes in die Gerechtigkeit setzt, deren Handhabung Recht und Pflicht des Staates sei, oder Hefftter, Lehrbuch, §. 7, der die Strafbefugniß des Staates auf die Verpflichtung desselben gründet, die Gerechtigkeit zu fördern und zu handhaben.

5) Die Beschränkung des Verbrechens auf solche Handlungen, durch welche Andere in ihren Rechten verletzt werden, hängt zusammen mit der einseitigen Ansicht, in welcher Kant überhaupt die Idee des Rechtes und das höchste Rechtsgesetz auffaßt, daß nämlich jede Handlung recht sei, welche nach einem allgemeinen Gesetze mit Jedermanns Freiheit bestehen könne, und daß das Recht Nichts Anderes sei, als der Inbegriff der Bedingungen, unter welchen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze vereinigt werden könne.

6) Diese Gleichheit, in welche schon Aristoteles, Ethic. V, 2—5, die Gerechtigkeit setzt, ist zwar der Gerechtigkeit nicht zuwider, aber nicht das Wesen derselben, da es zuverlässig nicht ungerecht ist, wenn Jemand weniger empfangen will, als er gegeben hat. Ueberdieß kann auch die Annahme einer solchen Gleichheit niemals zur Strafe führen, da der Verbrecher durch sein Verbrechen nicht nothwendig ein

Verletzung mit einer anderen Verletzung. Demselben Vorwurfe, dem die Kantische Theorie, unterliegt die von Richter aufgestellte Begründung der absoluten Theorie, nach welcher in der Idee der Gerechtigkeit die Nothwendigkeit einer rechtlichen Ausgleichung zwischen den Rechten und Gütern des Gekränkten und des Verbrechers enthalten sein soll [7]).

Zuviel erhält, das ihm durch die Strafe wieder genommen werden müßte, wie z. B. der Mörder und Brandstifter Nichts weiter erreichen kann, als Befriedigung seiner Bosheit, und da umgekehrt das etwaige Zuwenig, welches der Verletzte erleidet, durch einfache Entschädigung vollkommen ausgeglichen wird. Ueber die Theorie des Aristoteles vergl. Welcker, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, 1813, S. 446 ff. und Richter a. a. O. S. 78 ff.

7) An und für sich wird zwar von Richter a. a. O. S. 5 ff. nicht verkannt, daß Recht und Moral nur Theile eines Ganzen sind, und daß das Unsittliche nicht nothwendig aus dem Kreise des Unrechten ausgeschieden ist. Richter a. a. O. S. 108 ff. erkennt vielmehr ausdrücklich an, daß der Mensch, der an dem Vernunftgebote als dem Willen Gottes durch Entgegensetzung seines eigenen individuellen und darum nicht vernünftigen Willens sündige, als Verbrecher betrachtet werden müsse, wie er denn auch die Sünde als die aus der Freiheit hervorgegangene wissentliche Verletzung des Gesetzes der Vernunft ausdrücklich mit unter die Verletzungen des Rechtes rechnet. Dennoch kommt Richter zu dem unrichtigen Resultate, daß das Verbrechen, welches nach der Idee der Gerechtigkeit mit Strafe belegt werden könne, nur eine solche Handlung sein könne, welche gegen die Rechte anderer Menschen begangen worden sei, und daß andere Handlungen, wenn sie auch Verletzungen des Rechtes seien, doch nicht Verbrechen an dem menschlichen Rechte seien und nicht nach menschlichen Gesetzen bestraft werden können. Der Grund, aus welchem Richter unsittliche Handlungen, welche er doch für unrechte hält, nicht zu den strafbaren Handlungen rechnet, liegt lediglich in der Ansicht, daß die Strafe nach der Idee der Gerechtigkeit Vergeltung in gleichem Maße sein müsse, und daß für unsittliche Handlungen eine solche Vergeltung nicht möglich sei. Allein während Richter daraus hätte schließen sollen, daß das Princip der Ausgleichung überhaupt nicht der Maßstab sei, der von der Idee

Ueberdieß ist es gar nicht das Recht des Gekränkten, was bei der Bestrafung in Frage kommt, sondern die Verletzung des Rechtsgesetzes, welche durch die strafbare Handlung begangen wird. Denn es giebt viele strafbare Handlungen, durch welche kein Einzelner in seinen Rechten gekränkt wird, so wie es umgekehrt viele Handlungen giebt, welche zu den straflosen Handlungen gehören, ungeachtet eine Rechtsverletzung durch sie begangen wird [8]). Der Theorie von Hegel kann zwar zugegeben werden, daß das Unrecht in sich selbst nichtig sei und kein Recht habe, zu bestehen: aber zur Manifestation dieses Unrechtes würde es nicht der Strafe bedürfen, indem schon die Nichtigkeitserklärung und die etwaige Entschädigung, welche der Verbrecher zu leisten hätte, vollkommen dazu ausreichen würden. Und unbedingt ist es des Staates unwürdig, demselben die Zumuthung zu machen, daß er den unvernünftigen Grundsatz, nach welchem der Verbrecher gehandelt, als Gesetz anerkenne und auf denselben in Anwendung bringe [9]). Endlich unterliegen alle bisher angegebenen Versuche, die absolute Theorie zu begründen, dem Vorwurfe, daß die Wiedervergeltung unausführbar ist, nicht allein bei solchen Verbrechen, durch welche kein Anderer in seinen Rechten gekränkt wird, sondern auch bei solchen Verbrechen, welche wirklich eine Verletzung des Rechtes anderer Personen ent-

---

der Gerechtigkeit erfordert wird, hat er sich vielmehr dadurch verleiten lassen, von den unrechten Handlungen nur diejenigen für strafbar zu erklären, auf welches jenes Princip nothdürftig in Anwendung gebracht werden kann. S. oben §. 11, Note 1.

8) S. oben §. 6.

9) Nach der Theorie von Hegel ist zwar das Verbrechen ein Unrecht: aber die Strafe erscheint nach derselben ebenfalls als ein Unrecht, welches jenem Unrechte gegenüber tritt. Vergl. gegen Hegel in dieser Beziehung auch Abegg, Lehrbuch, §. 48.

halten [10]). Dieser Einwand kann auch nicht dadurch beseitiget werden, daß man nicht die Verletzung des Rechtes des Gekränkten, sondern die Verletzung des Gesetzes, welche allerdings bei jedem Verbrechen das Wesentliche ist, als den Maßstab der Wiedervergeltung annimmt [11]). Denn eine Gleichheit und eine Vergleichung zwischen dem Gesetze und

10) Das Princip der Wiedervergeltung wird von den verschiedenen Begründern der absoluten Theorie in verschiedener Weise in Anwendung gebracht, ist aber in jedem Falle unausführbar. Nach Jacob, philosophische Rechtslehre, 1795, §. 65, soll die Wiedervergeltung eine moralische sein, so daß die Strafe die moralische Verschuldung vergelten und das moralische Uebel ausgleichen soll. Allein für die sittliche Verschuldung hat der weltliche Richter keinen Maßstab, sowie auch eine Vergeltung derselben völlig undenkbar ist. Nach Kant, Hegel und Richter soll die Wiedervergeltung eine rechtliche sein, welche die rechtliche Verschuldung vergelten und die Strafe nach der Art und dem Grade der Rechtsverletzung bestimmen soll. Zunächst führt dieses Princip zur materialen Wiedervergeltung oder der eigentlichen Talion, wie sie im mosaischen Rechte vorkommt (Auge um Auge, Zahn um Zahn), nach welcher dem Verbrecher ein der Art nach gleiches Uebel zugefügt werden soll. Die Unausführbarkeit der materialen Wiedervergeltung bewirkte aber, daß man zu einer formalen Wiedervergeltung seine Zuflucht nahm, nach welcher dem Verbrecher wenigstens ein der Größe nach gleiches Uebel zugefügt werden soll. Am Scharfsinnigsten hat diese formale Wiedervergeltung durchgeführt Zachariä, Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts, 1805, S. 44, indem er behauptet, daß jede Strafe in Gefängnißstrafe bestehen müsse, weil jedes Verbrechen einen Eingriff in die Freiheit Anderer enthalte. Ich habe oben §. 5 auch nachgewiesen, daß jede Strafe Freiheitsstrafe sein müsse: allein nicht nach dem Principe der Wiedervergeltung, da es unmöglich ist, die einzelnen Rechte, welche durch die Verbrechen verletzt werden, auf ein bestimmtes Quantum von Freiheit zu schätzen.

11) In dieser Weise sucht Mittermaier, Archiv des C. R. Jahrg. 1838, S. 273, die Gerechtigkeitstheorie gegen den Einwurf zu vertheidigen, daß eine gleiche Vergeltung unthunlich sei und bei vielen Verbrechen zu Absurditäten führe. Abegg, Lehrbuch, §. 219, scheint

zwischen dem Verbrecher, oder, um es genauer auszudrücken, zwischen der Verletzung, welche dem Gesetze durch das Verbrechen zugefügt wird; und zwischen der Verletzung, welche dem Verbrecher durch die Strafe angethan werden kann, ist schlechterdings undenkbar. Findet doch zwischen dem Gesetze, als dem allgemeinen vernünftigen Willen und zwischen dem Verbrecher, als dem Subjecte des individuellen Willens durchaus gar keine Gleichheit, sondern nur Gegensatz Statt, so daß es unmöglich ist, daß die in dem Verbrechen enthaltene Verletzung des Gesetzes als Vergeltungsmaßstab diene für die Verletzung, welche mit der Strafe dem Willen des Verbrechers angethan werden soll.

§. 15.

Darstellung der relativen Strafrechtstheorie.

a) Die Generalpräventionstheorieen.

Die relative Theorie setzt die Nothwendigkeit der Strafe darein, daß ohne dieselbe die Rechtsordnung nicht erhalten werden könne. Die Strafe ist ihr aber nicht, wie der absoluten Theorie, unmittelbares, sondern nur mittelbares Mittel, diesen Zweck zu erreichen. Die Strafe erscheint ihr nur insofern nothwendig zur Erhaltung der Rechtsordnung, als durch sie eine Wirkung hervorgebracht wird, ohne welche auf Erhaltung der Rechtsordnung nicht gerechnet werden kann. Die relative Theorie nimmt daher einen nächsten und einen

---

zuzugeben, daß sich nach der gewöhnlichen Weise, die absolute Theorie zu begründen, kein gerechtes Vergeltungsverhältniß bestimmen lasse, wenn er gegen diesen Einwurf einwendet, Theils, daß auch keine relative Theorie zu einem richtigen Verhältnisse führe, Theils, daß es gar nicht die Aufgabe sei, ein gerechtes Verhältniß unmittelbar und a priori zu bestimmen, indem dasselbe nur auf empirischer Grundlage beruhe und nur auf dieser von der Gerechtigkeitstheorie bestimmt werden könne.

entfernten Zweck der Strafe an. Der entfernte Zweck ist die Erhaltung der Rechtsordnung; der nächste Zweck ist die Wirkung, durch welche jener entfernte Zweck erreicht werden soll. Dieser nächste Zweck wird indessen nicht von Allen, welche eine relative Theorie aufstellen, in gleicher Weise gesetzt. Nach der Verschiedenheit desselben können mehrere relative Strafrechtstheorieen unterschieden werden. Dieselben lassen sich aber sämmtlich in zwei Classen begreifen, welche passend durch die Ausdrücke Generalpräventionstheorieen nud Specialpräventionstheorieen bezeichnet werden.

Die Generalpräventionstheorieen setzen den nächsten Zweck der Strafe in Generalprävention, indem sie durch die Strafe den Willen aller Mitglieder des Staates dahin bestimmen wollen, keine Verbrechen zu begehen. Eine solche Generalprävention bezweckt die Abschreckungstheorie, welche durch die Strafe vom Verbrechen abzuschrecken beabsichtigt. Die Abschreckungstheorie wird wieder auf verschiedene Weise begründet, Theils als Theorie der unmittelbaren oder der äußeren Abschreckung, welche durch Zufügung exemplarischer Strafen die beabsichtigte Abschreckung hervorbringen will [1]), Theils als Theorie der psychologischen Abschreckung, welche durch die Strafdrohung den sinnlichen Reiz zu Verbrechen aufheben will, indem durch dieselbe Jedem bekannt gemacht wird, daß dem Verbrechen unausbleiblich ein Uebel folgen werde, welches größer sei als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antriebe zur That entspringe [2]). Denselben

---

1) Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, 1785, §. 15. Klein, Grundsätze des gemeinen peinlichen Rechts, 1796, §. 6, 10, 11. Auf dieser Theorie beruhet die hergebrachte Formel bei Todesurtheilen, daß der Verbrecher bestraft werden soll, „ihm selbst zur wohlverdienten Strafe und Anderen zum abschreckenden Beispiele."

2) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1. Ausgabe, 1801, §. 13; von Mittermaier besorgte Ausgabe, 1840, §. 8 ff.

Zweck nimmt an die Warnungstheorie, nach welcher die Strafdrohung eine Warnung sein soll, welche durch die Vorstellung des mit dem Verbrechen verknüpften Strafübels dem Menschen außer den Beweggründen der Sittlichkeit, des Rechtes, der Religion und der Ehre noch einen neuen wichtigen Abhaltungsgrund von Begehung der That geben und ihm dadurch die Beherrschung seiner sinnlichen Antriebe erleichtern solle [3]). Ebenso will die Nothwehrtheorie durch die Strafe und zwar sowohl durch die Androhung als durch die Zufügung [4]) derselben das Ansehn des übertretenen Ge-

3) Bauer, die Warnungstheorie, wo sich im 4. Capitel eine sehr ausführliche Darstellung des Unterschiedes zwischen dieser Theorie und der Theorie der psychologischen Abschreckung findet. Vergl. auch Bauer, Abhandlungen, S. 44, Nr. 4 und S. 108 ff.

4) Bauer, Warnungstheorie §. 58, macht einen besondern Unterschied zwischen Strafandrohungstheorieen und Strafzufügungstheorieen, je nachdem sie die Verhütung der Verbrechen durch die Androhung oder durch die Zufügung der Strafe zu erreichen beabsichtigen. Allein die sogenannten Androhungstheorieen, zu welchen Bauer die Theorie der psychologischen Abschreckung und die Warnungstheorie rechnet, wollen es doch auch nicht bei der bloßen Androhung bewenden lassen. Umgekehrt wollen die Strafzufügungstheorieen auch keine anderen als vorher angedrohete Strafen vollziehen, wie denn auch Bauer a. a. O. S. 336, Note a. nicht läugnet, daß sie zum Theil die Androhungstheorieen zu Hülfe nehmen. Insofern die Androhungstheorieen das Hauptgewicht auf die Strafdrohung legen, und diese damit rechtfertigen, daß sie an sich Niemanden verletze (Feuerbach, Lehrbuch, §. 17, Bauer, die Warnungstheorie, §. 14, Nr. 2.), wird von ihnen für die Rechtmäßigkeit der Strafe, welche doch nicht in der bloßen Strafdrohung besteht, gar Nichts bewiesen. Daß die Drohung oder die Warnung keinen Zwang enthalte, wie Bauer a. a. O. behauptet, ist nur unter der Voraussetzung wahr, daß nicht an Vollziehung der Drohung gedacht wird. Aber aus der Rechtmäßigkeit einer solchen Strafdrohung läßt sich natürlich nicht die Rechtmäßigkeit der Strafvollziehung ableiten. Besser rechtfertigt Feuerbach a. a. O. die Strafdrohung damit, daß sie mit der rechtlichen Freiheit der Bedroheten zusammen bestehen könne.

setzes bei dem Verbrecher und bei allen übrigen Staatsbürgern wieder befestigen [5]). Auch die sogenannten Erstattungs- oder Vergütungs-Theorieen nehmen für die Strafe keinen anderen Zweck an, als daß durch dieselbe zukünftige Verbrechen verhütet werden sollen [6]). Denn diese Theorieen sehen die Strafe als ein Mittel an, den durch das Verbrechen hervorgebrachten intellectuellen Schaden zu vergüten, und finden diesen Schaden hauptsächlich darin, daß durch das Verbrechen die Heiligkeit des Rechtsgesetzes oder die Achtung vor demselben herunter gesetzt werde, indem die Macht des bösen Beispieles andere Menschen leicht zu ähnlichen Schlechtigkeiten verlocken könne [7]). Endlich ist auch die von

---

Aber alsdann ist schon vorausgesetzt, daß die Strafe auf einem anderen Rechtsgrunde als der vorhergegangenen Drohung beruhe. Denn die Strafdrohung besteht nur unter der Voraussetzung mit der rechtlichen Freiheit der Bedroheten, daß die Strafvollziehung für dieselben keine Rechtsverletzung ist. Strafdrohung und Strafvollziehung müssen einen und denselben Rechtsgrund haben, weil die Strafe ihrem Begriffe nach eine vorher angedrohete Rechtsentziehung ist. S. oben Seite 17.

5) Schulze, Leitfaden der Entwickelung der philosophischen Principien des bürgerl. und peinl. Rechtes, 1813, S. 339 ff. Martin, Lehrbuch des Criminalrechts, 2. Ausgabe, 1829, §. 11, 12, 13 und 22. Romagnosi, genesi del diretto penale, 2. Ausg. 1823. (übersetzt von mir 1833), §. 242 ff.

6) Bauer, Warnungstheorie §. 56, unterscheidet die relativen Theorieen in Vergütungs- und in Verhütungs-Theorieen, je nachdem sie den Zweck der Strafe auf Gutmachung vergangener oder auf Verhütung zukünftiger Störungen der Rechtsordnung beziehen. Es ergiebt sich aber aus der Darstellung im Texte, daß der Unterschied nur im Ausdrucke beruht.

7) Wenn man will, kann man eine sogenannte Vergütungstheorie schon in der Darstellung von Klein a. a. O. §. 6 und 7 finden, der den Reiz zu Verbrechen, der aus dem Gelingen des Verbrechens entstehe, einen Schaden nennt, den der Verbrecher durch die Strafduldung ersetzen müsse. Auch die von Martin a. a. O. §. 12 gebrauchte

Fichte aufgestellte Theorie, welche man die Abbüßungstheorie nennt, unter die Generalpräventionstheorieen zu rechnen. Der Zweck der Strafe ist nach Fichte kein anderer, als durch die Androhung derselben dem ungerechten Willen oder der Unbesonnenheit ein wirksames Gegengewicht zu geben und dadurch Verbrechen zu verhüten [8]). Auch in Ansehung der Weise, in welcher sie die Rechtmäßigkeit der Strafe als eines Mittels zu diesem Zwecke nachzuweisen suchen, findet zwischen diesen Theorieen keine wesentliche Verschiedenheit Statt. Der Theorie der unmittelbaren Abschreckung ist die Strafe ein Mittel der Vertheidigung gegen die Gefahr, welche für den Staat entstehen würde, wenn seine Mitglieder nicht durch exemplarische Strafen abgeschreckt würden, ähnliche Verbrechen zu begehen [9]). Nach der Theorie der psychologischen Abschreckung liegt für den Staat die Verbindlichkeit, Strafdrohungen zu erlassen, in der Nothwendigkeit, den Rechten Aller den erforderlichen Schutz zu gewähren, was sich ebenfalls auf eine Vertheidigung zurückführen läßt, da von einem Bestehen des Staates gar nicht die Rede sein könnte, wenn derselbe diesen Schutz nicht gewährte [10]); auch die Warnungstheorie rechtfertigt die Straf-

---

Redeweise, daß durch die Strafe das Ansehn des übertretenen Gesetzes wieder befestigt werden soll, könnte auf eine Vergütungstheorie gedeutet werden. Ausführlich wird von Welcker, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, 1813, S. 249 ff., eine solche Vergütungstheorie entwickelt. In dieser Ausführung wird angenommen, daß durch das Verbrechen in dreifacher Beziehung ein intellectueller Schaden hervorgebracht werde, dessen Aufhebung Zweck der Strafe sei. Im Wesentlichen aber läuft das Resultat darauf hinaus, daß durch das Verbrechen Veranlassung zu abermaligen Störungen der Rechtsordnung gegeben, und daß diese Veranlassung durch die Strafe wieder aufgehoben werde.

8) Fichte, Grundlage des Naturrechts, 2. Theil, 1797, S. 99.

9) Klein, a. a. O. §. 8 und 10.

10) Feuerbach, Lehrbuch §. 17.

drohung damit, daß sie ein durchaus nothwendiges Mittel sei zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung [11]). Ebenso gründet die Nothwehrtheorie die Rechtfertigung der Strafe auf das dem Staate zustehende Vertheidigungsrecht, indem das Verbrechen einen Angriff auf das Ansehn der Gesetze enthalte, der nur durch die Strafe zurückgeschlagen werden könne, oder indem sich im Falle der Strafloſigkeit die Menschen zu vielfachen Verbrechen versucht fühlen und die Gesellschaft dadurch in die größte Gefahr bringen würden [12]). Die Erstattungstheorie rechtfertigt die Strafe mit der Berufung auf die Jedwedem obliegende Verbindlichkeit, den Schaden zu ersetzen, den er durch seine Handlung angerichtet [13]). Aber auch diese Rechtfertigungsweise läuft darauf hinaus, die Strafe herzuleiten aus dem Vertheidigungsrechte, welches dem Staate zusteht, da der zu ersetzende Schade hauptsächlich bestehen soll in der aus dem verletzten Ansehn der Gesetze für den Staat eintretenden Gefahr, gegen welche die Strafe demnach als Vertheidigungsmittel erscheint. Nur Fichte begründet die Rechtmäßigkeit der Strafe als des Mittels zur Generalprävention in anderer Weise. Eigentlich, behauptet er, mache sich der Verbrecher durch sein Verbrechen vogelfrei. Es sei aber zweckmäßig, in allen Fällen, in welchen die öffentliche Sicherheit damit bestehen könne, an die Stelle der verwirkten Ausschließung vom Staate andere Strafen zu setzen. Das geschehe durch einen Abbüßungsvertrag, aus welchem der Einzelne das Recht erhalte, die verwirkte Ausschließung vom Staate mit einer geringeren Strafe abzubüßen [14]).

---

11) Bauer, die Warnungstheorie, §. 14, Nr. I. Ueber den anderen Grund, aus welchem die Theorieen der psychologischen Abschreckung und der Warnung die Strafe rechtfertigen, vergl. oben Note 4.

12) Martin, a. a. O. §. 12 und 22.

13) Welcker a. a. O. S. 251. 14) Fichte a. a. O. S. 96 ff.

§. 16.

b) Specialpräventionstheorieen.

Die Specialpräventionstheorieen setzen den nächsten Zweck der Strafe in Specialprävention, indem sie durch die Strafe den bestraften Verbrecher abhalten wollen, abermalige Verbrechen zu begehen [1]). Die vorzugsweise sogenannte Präventionstheorie geht von dem Satze aus, daß ein rechtlicher Zustand nur unter der Voraussetzung möglich sei, daß man darauf rechnen könne, der Wille des Menschen werde in allen Momenten gegen das Unrecht und für das Recht bestimmt werden. Dieses sei nur alsdann möglich, wenn man darauf rechnen könne, daß der Wille des Menschen in allen Momenten genügende Motive gegen das Unrecht finden werde. Wer aber eine willkürliche Rechtsverletzung versucht oder vollendet habe, liefere damit den unzweideutigen Beweis, daß bei ihm auf die Wirksamkeit genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmungen nicht gerechnet werden könne. Er befinde sich daher in einem wirklichen Widerspruche mit den Forderungen der Rechtsidee, und Alles, was zur Entfernung dieses Widerspruches gehöre, müsse als mit den Forderungen dieser Idee zusammen stimmend betrachtet werden. Daher sei gegen ihn ein Präventionszwang begründet, der zu seinem Gegenstande die Aufhebung der Gefahr habe, welche aus dem Mangel einer begründeten Rechnung auf die rechtliche Willensbestimmung der Menschen hervorgehe. Also sei der rechtliche Zweck dieses Präventionszwanges, durch Aufhebung seines Grundes den Zustand der Gefahrlosigkeit herzustellen, und dieser Zweck werde erreicht Theils durch

---

1) Vergl. darüber Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, 1825. §. 24, Note 70.

absolute Sicherheitsmittel, welche auch die physische Möglichkeit aufheben, Rechtsverletzungen zu begehen, Theils durch Abschreckung. Dieses letztere Mittel müsse das gewöhnliche sein, da kein Zwangsmittel weiter rechtmäßig sei, als die Erreichung jenes Zweckes erfordere, und da es im Allgemeinen nicht an sinnlichen Mitteln fehle, durch deren Vorstellung der Mensch von der Aeußerung seines nicht legalen Willens abgeschreckt werden könne. Dieses Präventionsmittel aber sei die Strafe [2]). Zu der Specialpräventionstheorie muß auch die von ihrem Urheber sogenannte zwangsrechtliche Theorie oder die Theorie vom rechtlichen Zwange gerechnet werden. Nach dieser Theorie liegt der Grund der Strafe in dem mit jedem Rechte verbundenen Zwangsrechte, alle Menschen zu einer dasselbe nicht verletzenden Handlungsweise zu nöthigen. Der rechtliche Zwang sei aber die Nöthigung eines Anderen, wider sein ursprüngliches Wollen und Handeln das Recht des Zwingenden nicht zu verletzen, und diese Nöthigung bestehe in der Zufügung von etwas Unangenehmen. Dadurch werde der Trieb des zu Zwingenden veranlaßt, seinen Willen zu dem von dem Zwingenden begehrten Thun oder Unterlassen zu bestimmen. Der Rechtsgrund dieses Zwanges, welcher eben die Strafe sei, liege darin, daß ohne denselben das Recht und die Sicherheit und Aufrechterhaltung desselben unmöglich sei [3]). Ebenfalls als eine

---

2) Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 4. Auflage, 1825. §. 1—12. Daneben wird von Grolman §. 14 anerkannt, daß die Bestrafung auch auf die übrigen Bürger abschreckend wirke, ohne daß jedoch der Zweck der Strafe hierauf mit bezogen wird. Auch Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2. Ausgabe, 1822—1824. Theil I. §. 25 ff. ist ein Anhänger dieser Präventionstheorie.

3) Schaffrath, Grundwissenschaft des Rechts und insbesondere des Strafrechts, 1. Heft, 1841. §. 147 ff. §. 186. Offenbar liegt der

Specialpräventionstheorie läßt sich die Besserungstheorie ansehen, welche den Rechtsgrund und Zweck der Strafe in die Besserung des Verbrechers setzen will. Denn wie der Zweck des Staates überhaupt in der Beförderung der moralischen Vervollkommnung der Menschen bestehe, so sei es auch nothwendig, daß dem Staate alle Mittel zu Gebote stehen, welche zur Erreichung dieses Zweckes dienlich und erforderlich seien. Diese Mittel seien aber zweifacher Art, entweder Mittel der Güte oder Mittel des Zwanges. Das Mittel der Güte sei die Erziehung, das Mittel des Zwanges die Strafe. Der Staat habe vermöge seines Zweckes die Pflicht, die Menschen selbst mit Gewalt zum Guten zu zwingen; derselbe dürfe Nichts unversucht lassen, die moralische Vollkommenheit des Menschen als den Zweck seines Daseins zu verwirklichen; der Staat müsse den Menschen, wenn er gefehlt habe, zurechtweisen, und ihn, wenn er moralisch verdorben sei, bessern. Die Strafe, als das Mittel, den Menschen mittelst Zwanges zum Guten zu vermögen, könne daher Nichts Anderes als Besserung zum Zwecke haben; die moralische Häßlichkeit des Menschen solle durch dieselbe auf-

---

Unterschied zwischen dieser Theorie und der von Grolman vertheidigten Präventionstheorie nur im Ausdrucke. Denn sie geht ebenfalls von der Voraussetzung aus, daß Derjenige, der ein Mal ein Verbrechen begangen, den Willen habe, abermalige Verbrechen zu begehen, und daß es die Aufrechterhaltung der rechtlichen Ordnung erfordere, diesen Willen durch die Strafe zum Rechten zu bestimmen. Daß dabei die Strafe aus dem mit jedem Rechte allerdings verbundenen Zwangsrechte hergeleitet wird, kann keine Eigenthümlichkeit begründen. Denn insofern dieser Zwang als Strafe gegen den Verbrecher gehen soll, um seinen Willen zu einer mit dem Rechtsgesetze übereinstimmenden Handlungsweise zu bestimmen, fällt er durchaus zusammen mit dem Grolman'schen Präventionszwange, durch welchen der Verbrecher von der Aeußerung seines nicht legalen Willens abgeschreckt werden soll.

gehoben und der moralisch böse Mensch zum guten umgewandelt werden [4]).

§. 17.

Kritik der relativen Strafrechtstheorieen.

Aus dieser Darstellung der verschiedenen relativen Strafrechtstheorieen ergiebt sich zur Genüge, worin sich dieselben im Unrecht befinden. Zuverlässig haben sie darin Recht, daß der Zweck der Strafe in Erhaltung der Rechtsordnung bestehe, und es findet, wie schon bemerkt worden ist, in dieser Beziehung gar kein Unterschied Statt zwischen ihnen und den absoluten Theorieen. Aber nach den relativen Theorieen hat die Strafe keine selbstständige Bedeutung zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung, indem sie nur als Mittel dienen soll, einen anderen Zweck, entweder Generalprävention oder Specialprävention, zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung zu erreichen. Was daher nach den relativen Theorieen zur Erhaltung der Rechtsordnung eigentlich erfordert wird, ist Generalprävention oder Specialprävention, und die Strafe erscheint nur so weit gerechtfertigt, als es keine anderen Mittel giebt, diesen Zweck zu erreichen. Aber eben deßwegen ergiebt sich die Strafe nach den relativen Theorieen nicht mit eigener innerer Nothwendigkeit aus der Idee des Rechtes, sondern ihre Rechtfertigung wird nur äußerlich auf den äußeren zufälligen Umstand gegründet, daß es keine anderen Mittel giebt, den angegebenen Zweck zu erreichen.

---

4) Spangenberg, über die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher mittelst des Pönitentiarsystems, als dem einzigen zulässigen Zwecke der Strafe. Frei nach dem Englischen, 1821. Reichmann, Betrachtungen über das Strafrecht des Staates, 1836. S. 44 ff. Möhl, über den Zweck der Strafe, 1837. S. 36 ff. Das Pönitentiarsystem ist aber weniger eine Strafrechtstheorie, als eine auf Besserung berechnete Einrichtung der Strafanstalten.

Soll aber die Strafe durch diesen Umstand wirklich gerechtfertigt werden, so müßten zwei Dinge bewiesen sein. Zuvörderst, daß der Staat zur Erhaltung der Rechtsordnung und folgeweise auch zu seiner eigenen Erhaltung wirklich die Generalprävention oder die Specialprävention bedürfte. Das ist aber geradezu unerweislich; denn die geforderte Prävention soll auf die Willensbestimmung der Menschen einwirken, indem sie ihnen die Lust benimmt, Verbrechen zu begehen. Wenn man auch zugeben wollte, was jedoch auch noch eines Beweises bedürfte, daß die Gesammtheit oder wenigstens die Mehrzahl der Staatseinwohner Lust habe zu verbrecherischen Handlungen, so ist es doch zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung nicht nothwendig, daß ihnen diese Lust benommen werde. So lange dieselbe nicht zum wirklichen Willen und zur Handlung wird, ist sie ungefährlich für die rechtliche Ordnung, da sich dieselbe nur auf die Handlungen der Menschen beziehen und nur durch Handlungen gestört werden kann. Ist sie aber, die Lust zu Verbrechen, wirklich zur Handlung geworden, so kann nicht mehr die Rede sein von Prävention, welche ihrem Begriffe nach der verbrecherischen Handlung zuvorkommen, nicht derselben nachfolgen soll. Die verlangte Prävention kann daher zur Erhaltung der Rechtsordnung nicht nothwendig sein, da sie eines Theiles gegen wirkliche Störungen der Rechtsordnung nicht mehr Statt finden kann, und da anderes Theiles durch die noch nicht zur Handlung gewordene verbrecherische Lust die Rechtsordnung nicht gefährdet werden kann. Es fehlt daher den relativen Theorieen, welche sämmtlich die Rechtfertigung der Strafe von dem Rechte hernehmen, welches dem Staate allerdings zustehet, sich gegen drohende Gefahren zu vertheidigen [1]), an der zur Aus-

1) Selbst die Besserungstheorie rechtfertigt die Strafe mit der

übung des Vertheidigungsrechtes nothwendigen Voraussetzung, daß sich nämlich der Staat in einer von der verbrecherischen Lust seiner Mitglieder herrührenden Gefahr befindet. Zweitens müßte nachgewiesen werden, daß diese Gefahr, wenn sie anders vorhanden, wirklich durch die Strafe beseitigt werden könne. Denn nur dasjenige Vertheidigungsmittel kann gerechtfertigt erscheinen, welches die Gefahr wirklich abwendet. Allein schon nach der täglichen Erfahrung kann man der Strafe die erwartete abschreckende, warnende oder bessernde Wirkung nicht mit Sicherheit beilegen. Man könnte vielleicht behaupten, daß ohne die Strafe noch mehr Verbrechen begangen werden würden, als wirklich begangen werden. Aber für Diejenigen, welche keinen anderen Abhaltungsgrund von Verbrechen haben, wird auch die Strafdrohung keinen Abhaltungsgrund abgeben, sondern ihnen nur ein Grund werden, ihr Verbrechen mit desto größerer Vorsicht oder Energie zu begehen. Denn die erwartete Wirkung der Strafdrohung wird nothwendig aufgehoben durch die Hoffnung des Thäters, unentdeckt zu bleiben, oder die Drohung auf andere Weise zu vereiteln, und keine Strafdrohung wird in den Menschen die Ueberzeugung hervorbringen können, daß sie auf jeden Fall der strafenden Gerechtigkeit anheimfallen werden. Jedes Falles würde die Strafdrohung nur auf Diejenigen den erwarteten Eindruck machen, welche sich nicht die gehörige Geschicklichkeit oder Energie zutrauen, ihr Verbrechen ungestraft zu verüben, und gerade diese sind die wenigst gefährlichen für die Erhaltung der rechtlichen Ordnung. Auch dürfte ein innerer Widerspruch darin liegen, daß die relativen Theorieen von den in der Zukunft liegenden Ver-

---

Gefahr, in welche der Staat durch das Verbrechen versetzt werde. Vergl. Reichmann a. a. O. §. 19.

brechen eine Gefahr für den Staat besorgen, während ihnen das wirklich begangene Verbrechen keine solche Gefahr zu bringen scheint.

§. 18.

Darstellung der gemischten Strafrechtstheorieen.

Die gemischten Theorieen verbinden das absolute mit dem relativen Principe, indem sie die Strafe zwar aus der Idee der Gerechtigkeit ableiten, aber dennoch nicht bloß zu dem Zwecke strafen wollen, damit dieser Forderung der Gerechtigkeit genügt werde, sondern die Strafe außerdem auf einen anderen durch sie zu erreichenden Zweck beziehen [1]). Sie wollen die Strafe nur unter der Voraussetzung eintreten lassen, daß sie von der Idee der Gerechtigkeit erfordert wird: aber sie wollen dieselbe nicht immer eintreten lassen, wenn diese Voraussetzung vorhanden ist, sondern nur insofern sie außerdem nothwendig erscheint, den anderen angenommenen Zweck zu erreichen. Die Theorie, welche Abegg aufstellt, muß wohl mehr für eine rein absolute als für eine gemischte Theorie genommen werden. Denn Abegg erkennt zwar an, daß in der gerechten Strafe die Momente der Abschreckung, Warnung und Besserung enthalten seien, und daß die relativen Theorieen in gewisser Beziehung Recht haben: aber er erkennt diese Momente nur an als Folgen, nicht als Princip der Strafe, so daß dieselben weder als Rechtsgrund der Strafe erscheinen, noch das Maß und die Art derselben bestimmen sollen. Er setzt vielmehr, wie die rein absolute Theorie, den Zweck der Strafe nur darein, die Gerechtigkeit zu verwirklichen [2]). Dagegen muß in der

---

1) S. oben §. 12, Note 8.

2) In der angeführten Schrift: Die verschiedenen Strafrechtstheorieen, §. 11, 12, 20 und 22, und in seinem Lehrbuche, §. 48.

Theorie von Heffter eine gemischte Theorie gefunden werden. Nach derselben soll zwar die Strafe in ihrer absoluten Natur als Vernichtung des Unrechts am Schuldigen nicht von der Erreichung bestimmter Zwecke abhängig, sondern sich selbst Zweck sein: aber in der Sphäre des Staates und seiner Berechtigungen soll sie gewisse eigenthümliche Beziehungen annehmen, indem sie hier lediglich nur für die allgemeinen rechtlichen Interessen (des gemeinen Nutzens wegen) geübt werden dürfe. Das rechte Maß der Strafe werde gehalten, wenn auf den Verbrecher nicht empfindlicher und härter eingewirkt werde, als er nach dem Grade seiner Schuld verdient habe und als es für das Staatsinteresse nöthig sei [3]). Auch Mittermaier stellt eine gemischte Theorie auf, indem er die Rechtfertigung der Strafe findet Theils in ihrer Nothwendigkeit zur Erreichung des Staatszweckes, Theils in ihrer Gerechtigkeit, insofern sie als ein nach der Größe der Verschuldung verdientes Uebel erscheine, aber auf Wirksamkeit nur rechnen könne, insofern sie eine verdiente Strafe sei. Das Gerechtigkeitsprincip bezeichne dem Staate den Grundsatz, daß er nur strafen dürfe, wo die Strafe nothwendig sei, und nur so weit als die Größe der Verschuldung des verübten Verbrechens die Strafanwendung rechtfertige [4]). In ähnlicher Weise stellt Preuschen eine gemischte Theorie auf, welche von ihm modificirte Gerechtigkeitstheorie genannt wird. Nach derselben darf zwar der Staat nur unter der Voraussetzung strafen, daß der zu Bestrafende die Strafe nach der Gerechtigkeit verdient hat: aber der Staat soll nicht immer strafen dürfen, wenn diese Voraussetzung vorhanden ist, sondern nur unter der weiteren

---

3) Heffter, Lehrbuch, §. 4, 7, 109 und 114.

4) Mittermaier in Feuerbach's Lehrbuche, 13. Ausgabe, §. 20 b.

Voraussetzung, daß die Strafe nothwendig erscheine, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten [5]). Auf ausgedehntere Weise hat Henrici versucht, die absolute Theorie mit der relativen zu verbinden, indem er dem relativen Principe den Einfluß zugestehen will, nicht allein die nach dem absoluten Principe verdiente Strafe zu mildern, sondern auch zu schärfen, wenn es die Erhaltung des Staates erfordere [6]).

§. 19.

Kritik der gemischten Strafrechtstheorieen.

Die Kritik der gemischten Strafrechtstheorieen ergiebt sich aus der Nachweisung, daß es logisch unmöglich ist, das absolute Princip mit dem relativen in der Weise zu verbinden, daß das eine neben dem anderen selbstständige Geltung behalte. Nach dem absoluten Principe ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß Jedem die Strafe zu Theil werde, die er durch seine Handlung verdient hat, und die Strafe hat nach derselben keinen anderen Zweck als dieser Forderung zu genügen. Nach dem relativen Principe ist die Strafe gerechtfertigt als Mittel zu der zur Erhaltung der Rechtsordnung nothwendigen Prävention, und der nächste Zweck derselben kein anderer, als diese Prävention zu erreichen. Die relative Theorie will zwar auch nicht, daß Jemand unverdient eine Strafe erleide: aber nur diejenige Strafe ist ihr verdient, welche nothwendig erscheint, die verlangte Prävention zu erreichen. Der Rechtsgrund, aus welchem die relative Theorie die Strafe herleitet, liegt daher nicht darin, daß sie verdient ist, während umgekehrt die

---

5) v. Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie, Theil 1. §. 22.

6) Henrici, über die Unzulänglichkeit des einfachen Strafrechtsprincipes, S. 97 ff.

absolute Theorie hierin den einzigen Rechtsgrund derselben findet. Die absolute Theorie muß aber, wenn sie ihr eigenes Princip nicht gänzlich aufgeben will, nothwendig behaupten, daß die Strafe in allen Fällen, in welchen sie verdient ist, wirklich verhängt werden müsse. Wenn dazu, wie von den zusammengesetzten Theorieen geschieht, außerdem die Voraussetzung erfordert wird, daß sie nothwendig sei, für die allgemeinen rechtlichen Interessen oder für die Erreichung des Staatszweckes oder für die Erhaltung der rechtlichen Ordnung, so wird damit behauptet, daß der Rechtsgrund der Strafe nicht darin liege, daß sie verdient worden war. Dieser Rechtsgrund liegt vielmehr alsdann lediglich darin, daß die Strafe nothwendig erscheint zur Erreichung des einen oder anderen der angegebenen Zwecke. Das läuft aber auf eine rein relative Theorie hinaus, nach welcher die Strafe nur aus dem Grunde verdient ist, weil sie nothwendig erscheint zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung. Ebenso muß die relative Theorie, wenn sie ihr Princip nicht gänzlich aufgeben will, die Strafe in jedem Falle für verdient erklären, da sie als nothwendiges Mittel zu der angegebenen Prävention erscheint. Und hierin muß ihr der einzige Grund liegen, aus welchem sie verdient wird. Wenn sie, die relative Theorie, die Strafe aus demselben Grunde für verdient erklären wollte, aus welchem sie nach der absoluten Theorie verdient ist, und wenn sie nur die also verdiente Strafe für nothwendig erklärte, die verlangte Prävention und durch sie die Erhaltung der Rechtsordnung zu erreichen, so würde sie damit durchaus mit der absoluten Theorie zusammenfallen. Sie würde alsdann Nichts Anderes sagen, als daß die Strafe immer, wenn sie nach der absoluten Theorie verdient sei und nur aus dem Grunde, weil sie verdient sei, zugefügt werden müsse. Die gemischte Theorie muß daher immer auf eine reine, entweder

absolute oder relative Theorie hinauslaufen [1]). Dagegen mag nicht verkannt werden, daß die gerechte Strafe, welche von der Idee der Gerechtigkeit erfordert wird, die Wirkung der Prävention, welche von der relativen Theorie als Zweck gesetzt wird, zur Folge haben könne. Auch läßt sich zugeben, daß auf diese Wirkung der Strafe nur unter der Voraussetzung gerechnet werden kann, daß dieselbe eine gerechte ist. Aber daraus folgt, daß die Strafe nur aus dem Grunde zugefügt werden kann, weil sie von der Idee der Gerechtigkeit gefordert wird und nur zu dem Zwecke, dieser Forderung zu genügen.

Drittes Capitel.

Geschichtlicher Entwickelungsgang des teutschen Strafrechtes.

§. 20.

Einleitung.

Das allgemeine Strafrecht, dessen Nothwendigkeit in dem Früheren philosophisch nachgewiesen worden ist, kann nur als positives Strafrecht in die Erscheinung treten. Das positive Strafrecht ist das zu einer gegebenen Zeit bei einem bestimmten Volke gültige Strafrecht. Das Positive steht insofern dem Geschichtlichen gegenüber, als seine Gültigkeit eine gegenwärtige, keine vergangene ist. Aber das Recht, welches gegenwärtig nur noch geschichtliches ist, war seiner Zeit auch positives, sowie unser positives Recht dereinst nur noch geschichtliche Bedeutung haben wird. Das positive Recht kann nur ein Glied sein in der Entwickelung,

---

1) Vergl. hierüber ausführlicher meine Recension von v. Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie, in der Jenaischen (alten) allgemeinen Literaturzeitung, 1840, Nr. 156 und 157.

welche das Recht bei einem Volke nimmt, und kann deßwegen nur in dem Zusammenhange dieser Entwickelung vollständig aufgefaßt werden. Wie das allgemeine Strafrecht für jede unvernünftige Handlung eine Strafe vorschreibt, welche dem Grade entspricht, in welchem sie für unvernünftig gehalten werden muß, so kann auch der Inhalt des positiven Strafrechtes kein anderer sein, als die Bestimmung der Handlungen, welche mit gewissen Strafen belegt werden sollen. Mit dieser Bestimmung erklärt es diese Handlungen für Verbrechen, welches seinem Begriffe nach eine Handlung ist, die nach der Idee der Gerechtigkeit mit einem entsprechenden Strafübel belegt werden muß. Indem aber das positive Strafrecht diese Bestimmung trifft, wird von ihm der Begriff des Verbrechens nicht erst geschaffen, sondern als vorhanden vorausgesetzt. Denn in derselben liegt nur die Erklärung, daß eine Handlung unter den Begriff des Verbrechens subsumirt, und deßwegen mit der Strafe, welche von dem positiven Rechte für die entsprechende gehalten wird, belegt werden solle. In derselben Weise kann von einem geschichtlichen Entwickelungsgange oder einer Geschichte des Strafrechtes nicht die Rede sein, ohne daß der Begriff des Verbrechens als vorhanden vorausgesetzt wird. Denn das geschichtliche Strafrecht ist nur das positive Strafrecht der vergangenen Zeiten und muß auf derselben Voraussetzung beruhen, als das heutige positive Strafrecht. Der geschichtliche Entwickelungsgang des Strafrechtes kann nur die Geschichte des Begriffes des Verbrechens sein, und diese Geschichte kann, weil sie diesen Begriff voraussetzt, nicht darin bestehen, daß derselbe erst in ihr zur Entstehung gelangte und sich im Verlaufe der Zeit zu seiner Vollendung entwickelte [1]).

1) Häufig wird, z. B. von Roßhirt, Geschichte und System des teutschen Strafrechtes, 1. Theil, 1838, §. 1, die Sache so dargestellt,

Vielmehr kann der Begriff des Verbrechens nur insofern eine Geschichte haben, als die Grundsätze, nach welchen gewisse Handlungen unter denselben subsumirt und nach welchen für dieselben gewisse Strafen für entsprechend gehalten worden sind, im Verlaufe der Zeit verschieden gewesen sind und sich zum heutigen positiven Strafrechte entwickelt haben. Denn obgleich der Begriff des Verbrechens unveränderlich ist, so muß es doch von der mehr oder minder deutlichen Auffassung desselben abhängen, welche Handlungen zu einer gegebenen Zeit unter diesen Begriff subsumirt und welche Strafübel für die entsprechenden gehalten worden sind. Wie es aber die nothwendige Bestimmung des Begriffes ist, zu seiner vollständigen Herrschaft und Geltung gebracht zu werden, so muß der Zielpunct des geschichtlichen Entwickelungsganges darin bestehen, daß alle Handlungen, welche unter den Begriff des Verbrechens gehören, aber auch keine anderen als diese Handlungen unter denselben subsumirt und demgemäß mit der Strafe belegt werden, welche dem Grade und Umfange entspricht, in welchem durch sie dem objectiven Rechte zuwider gehandelt wird.

In dem Folgenden sollen die Entwickelungsmomente des teutschen Strafrechtes in kurzen Umrissen angedeutet werden. Dabei scheint es für die gebotene compendiarische Darstellung nicht nothwendig, dieselbe in Perioden zerfallen zu lassen, welche an und für sich nicht geeignet, wirkliche Wendepuncte der Entwickelung zu bezeichnen, nur bei ausführlicher

---

als ob die Begriffe von Verbrechen und Strafe erst in der Geschichte des Strafrechtes zur Entstehung kämen. Aber ohne diese Begriffe gäbe es gar kein Strafrecht und mithin auch keine Geschichte desselben. Das Richtige ist, daß auf den früheren Entwickelungsstufen des Strafrechtes viele Handlungen noch nicht für Verbrechen gelten, die erst später in ihrer verbrecherischen Eigenschaft erkannt werden. Vergl. die folgenden §§.

Darstellung zweckmäßig sind, die Uebersicht zu erleichtern und der Auffassung gewisse Anhaltepuncte zu gewähren [2]).

§. 21.

Ursprüngliche Beschränkung des Strafrechtes auf Handlungen, durch welche der Staat unmittelbar verletzt wird.

Im ältesten teutschen Strafrechte wurden nur solche Handlungen, durch welche das Gemeinwesen oder der Staat unmittelbar in seiner Existenz bedroht oder verletzt wurde, als Verbrechen angesehen, welche mit einer von der Staatsgewalt zuzufügenden Strafe geahndet wurden. Es ist natürlich, daß Handlungen dieser Art eher in ihrer Eigenschaft als Verbrechen oder als Verletzungen des objectiven Rechtes erkannt werden, als Handlungen, durch welche zunächst nur Einzelne in ihren subjectiven Rechten verletzt werden. Denn wie das objective Recht der vernünftige Gesammtwille der zu einem Gemeinwesen verbundenen Menschen ist, so muß der Inhalt desselben zunächst dahin gehen, daß dieses Gemeinwesen erhalten werde, und daß keine Handlungen begangen werden, welche die Auflösung desselben herbeiführen können. Handlungen dieser Art müssen daher als Verbrechen erscheinen, sowie sich die Menschen nur bewußt geworden sind, daß sie zusammen ein Gemeinwesen ausmachen. Nach Tacitus wurde Verrätherei und Ueberläuferei mit Aufhängen bestraft; Feigheit und Mißbrauch seines Leibes durch Versenkung in Sumpf oder Morast [1]). Dagegen wur-

---

2) Ueber Periodisirung in der Geschichte des Strafrechtes vergleiche Henke, Grundriß einer Geschichte des teutschen peinlichen Rechtes, 1ster Theil, 1809, in der Vorrede. Wächter, Lehrbuch, §. 5 ff. Abegg, Lehrbuch, §. 25. Marezoll, das gemeine teutsche Criminalrecht, 1841, §. 5 ff.

1) De situ et morib. German. c. 12. Die Anklage fand Statt bei der Volksversammlung, von welcher ohne Zweifel auch die Strafe

den Handlungen, durch welche Einzelne in ihren Rechten verletzt wurden, nicht unter den Begriff des Verbrechens subsumirt, sondern nur aufgefaßt als Verletzungen des subjectiven Rechtes, für welche dem Verletzten oder seinen Verwandten nach der Größe der Verletzung Buße gegeben werden mußte [2]). In derselben Weise sind in den Volksrechten, welche bei den verschiedenen teutschen Volksstämmen seit dem Ende des fünften bis zum Anfange des neunten Jahrhunderts aufgezeichnet worden sind, Verschwörungen gegen den Staat und Verletzungen des Regenten die einzigen Handlungen, welche mit fast allgemeiner Uebereinstimmung als Verbrechen angesehen und mit Strafe an Leib oder Leben bedrohet werden [3]). Verletzungen, welche dem Einzelnen an Leib, Ehre oder Gütern angethan werden, sind nach diesen Volksrechten zunächst ebenfalls nur eine Privatsache zwischen dem Verletzenden und dem Verletzten oder seiner Familie [4]). Diese konnten wegen der Beleidigung Fehde erheben gegen den Beleidiger und sich die Entschädigung und Genugthuung willkürlich erzwingen [5]). Der Ver-

---

erkannt wurde. Außerdem konnten auch die Priester in gewissen Beziehungen Strafgewalt ausüben, namentlich gegen Diejenigen, welche in der Volksversammlung der Ordnung zuwider handelten, Tacit. b. c. cap. 11, und während des Krieges, wo sie den Einzelnen fesseln und selbst geißeln durften, nicht auf Befehl des Heerführers, sondern gleichsam auf göttliche Eingebung, Tacit. b. c. cap. 7. Ueber die Stellung und Gewalt der altteutschen Priester vergl. v. Woringen, Beiträge zur Geschichte des teutschen Strafrechtes, 1836. S. 130 ff.

2) Tacitus b. c. cap. 12.

3) Lex Ripuar. LXIX. §. 1. Lex Allemann. XXIV et XXV. Lex Bajuvar. II. cap. 1. §. 1. Lex Visigot. lib. II. tit. 1. §. 7.

4) Vergl. darüber im Allgemeinen Henke, Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts, 1. Theil, 1809. S. 18 ff.

5) Die Verwandten hatten sogar die Pflicht, die Blutrache für Einen der Ihrigen zu übernehmen, Tacit. b. c. cap. 21. Ueber das

letzte konnte aber auch, wenn er sich dem Gegner nicht gewachsen glaubte oder wenn er es vorzog, den Frieden zu erhalten, bei dem Volksgerichte Klage führen, von welchem alsdann der Beleidiger zu der im Volksrechte bestimmten Buße (compositio) verurtheilt wurde [6]). Die compositio war die Sühne für die Beleidigung, oder das Mittel, die Selbsthülfe und Selbstrache abzukaufen, und die Größe derselben wurde bestimmt Theils nach der Größe der Beleidigung, Theils nach der Größe des angerichteten Schadens [7]). In manchen Fällen konnte neben der Composition noch besonderer Schadensersatz (capitale et delatura) gefordert

---

Fehderecht des Beleidigten vergl. v. Woringen a. a. O. S. 35 ff. Wegen unabsichtlicher Beschädigungen durfte aber der Verletzte keine Fehde erheben. Vergl. Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1830. S. 239, Note 199.

6) Viele behaupten, z. B. Rogge, das Gerichtswesen der Germanen, 1823. S. 19 ff. und Abegg a. a. O. S. 237, daß sogar der Beleidiger die Wahl gehabt habe, die Buße zu bezahlen oder es auf die Fehde ankommen zu lassen. Allein vergl. dagegen v. Woringen a. a. O. S. 36 ff. Ueber die Gesammtbürgschaft hinsichtlich der Buße s. v. Woringen a. a. O. S. 42 ff.

7) Die compositio war daher nicht bloßer Schadensersatz, sondern auch Genugthuung, um die Fehde beizulegen. Deßwegen konnte die compositio verschieden sein, ungeachtet der zugefügte Schaden gleich war. So war die compositio für die Tödtung eines freien Franken 200 Schillinge, und wenn dieselbe heimlicher und mörderischer Weise verübt war, 600 Schillinge. Vergl. meine Abhandlungen aus dem Strafrechte, 2. Theil, 1840. S. 450 ff. v. Woringen a. a. O. S. 67. Nach demselben Principe war die compositio verschieden nach dem Stande des Getödteten, weil bei höherem Stande eine höhere Beleidigung angenommen wurde. Auch mußte eine compositio bezahlt werden, wenn zwar kein Schaden, aber doch eine Beleidigung zugefügt war, z. B. 62 Schillinge, wenn der in mörderischer Absicht abgeschossene Pfeil fehl gegangen war. Vergl. meine Abhandlungen, 1. Theil, 1836. S. 309 ff.

werden [8]). Jedes Falles war die compositio keine Strafe, welche vom Staate genommen wurde wegen der begangenen Verletzung des objectiven Rechtes, sondern nur eine Privatgenugthuung, zu welcher der Beleidiger von der Staatsgewalt genöthigt werden konnte. Wie aber darin die Anerkennung lag, daß Derjenige, der die compositio verwirkt hatte, Unrecht gethan und dem gemeinen Frieden zuwider gehandelt habe, so mußte auch neben der compositio dem Volke eine Buße für den gebrochenen Frieden gegeben werden. Schon Tacitus erzählt, daß der König oder das Volk einen Antheil von der Buße erhalten haben, die der Beleidiger zu entrichten hatte [9]). Damit übereinstimmend legen die Volksrechte dem Beleidiger auf, in den königlichen Fiscus eine Buße zu bezahlen, welche fredus genannt wird [10]). Diese Buße war insofern eine wirkliche Strafe, als sie vom Volke oder vom König genommen wurde, und nur bezahlt zu werden brauchte, wenn die Verletzung wirklich mit verbrecherischer Schuld zugefügt war [11]). Aber sie erscheint, diese Buße, als untergeordnet im Verhältniß zur Composition [12]); keines Falles war sie eine Strafe in dem

8) Vergl. v. Woringen a. a. O. S. 71 und S. 74.

9) Tacit. l. c. cap. 12. Roßhirt a. a. O. §. 1 will den Antheil des Königs an der Buße auf das Kriegsstrafrecht beziehen. Allein dieser Antheil ist sicherlich Nichts Anderes als der in den Volksrechten vorkommende fredus.

10) Ueber den fredus vergleiche Grimm, teutsche Rechtsalterthümer, 1828. S. 656, und v. Woringen a. a. O. S. 90 ff. und S. 123.

11) Bei fehlender Zurechnung und zufälligen Beschädigungen fand die Buße nicht Statt, ungeachtet componirt werden mußte; vergl. v. Woringen a. a. O. S. 115.

12) In den lex Ripuar. LXXXIX. ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß der fredus nicht eingefordert werden könne, bevor die compositio

Sinne, in welchem gegen Denjenigen, der sich durch Verrath an dem gemeinen Wesen vergangen hatte, Strafe verhängt wurde. Der Friedensbruch, wegen dessen der fredus entrichtet werden mußte, wurde daher noch nicht, wie Hochverrath und Majestätsverbrechen, für ein eigentliches Verbrechen angesehen. Aber immerhin lag in der Anordnung des fredus die Anerkennung, daß durch die Verletzung subjectiver Rechte auch das objective Recht und der Staat betroffen werden könne. Eine ähnliche Anerkennung lag der Königsbannbuße (bannus [13]) zu Grunde, welche unter den fränkischen Königen für einzelne schwere Verletzungen eingeführt wurde, und in einer Buße bestand, die Derjenige dem Könige entrichten mußte, der Handlungen begangen hatte, welche unter Königsbann, d. h. unter besonderem königlichen Befehl, verboten waren [14]).

§. 22.

Ausdehnung des Strafrechtes auf Handlungen, durch welche Einzelne in ihren Rechten verletzt werden.

Das Compositionssystem war nur ein Mittel, der Selbsthülfe und Rache entgegen zu treten, zu welcher sich der Beleidigte gereizt fühlt. Derselbe sollte durch die Höhe der Buße bestimmt werden, Frieden zu halten mit dem Belei-

---

erlegt sei. In der Regel war der fredus viel niedriger als die compositio; in einigen Fällen freilich auch höher; vergl. v. Woringen a. a. O. S. 120.

13) Ueber die allgemeine Bedeutung von bannire und bannus siehe v. Woringen a. a. O. S. 124 ff.

14) Bei Königsbann, der 60 Schillinge betrug, waren verboten Verletzungen von Kirchen, Wittwen, Waisen und Schwachen, welche von Alters her unter einem besondern Frieden gestanden hatten, dessen Bruch höhere Buße nach sich zog, und Raub, Gewalt und Brand; vergl. v. Woringen a. a. O. S. 142.

diger, damit die erste Beleidigung nicht die Quelle ungemessener Störungen der Rechtsordnung würde [1]). Dem Compositionssysteme lag eine beschränkte Auffassung von dem Begriffe und der Aufgabe des Staates zu Grunde. So lange die bürgerliche Gesellschaft nur eine Vereinigung sein sollte, welche zu dem Zwecke getroffen worden, Schutz und Stärke nach Außen und Frieden im Inneren zu gewähren, konnte die Handlung, durch welche der Einzelne verletzt wurde, nur in Beziehung auf die Erhaltung des Friedens berücksichtigt werden, um dafür zu sorgen, daß der eine Friedensbruch nicht zu weiteren Friedensbrüchen führe [2]). Aber der Beleidiger hätte nicht zur Composition und noch überdieß zum Fredus oder zur Bannbuße verurtheilt werden können, wenn in der Handlung desselben nicht ein Unrecht erblickt worden wäre. Und dieses Unrecht mußte in seiner Eigenschaft als Verbrechen, welches öffentliche Strafe verdiene, erkannt werden, sowie man nur zu dem Bewußtsein gelangte, daß der Staat mehr als eine bloße Friedensverbindung sei, und daß sich seine Aufgabe auch auf Handhabung des Rechtes und der Gerechtigkeit erstrecke. Zu dieser Erkenntniß, welche sich

---

1) Wie hoch die Compositionen gewesen seien, ergiebt sich daraus, daß ein fränkischer solidus dem Werthe einer Kuh gleich kam; vergl. Wiarda, Geschichte und Auslegung des salischen Gesetzes, 1808. §. 107 ff. Bei manchen Völkern wurden die Compositionen erhöhet, um sie dem Beschädigten desto annehmbarer zu machen. Leg. Langobard. lib. I. tit. 7. l. 15: „In omnibus istis plagis ac feritis superius descriptis, quae inter homines liberos eveniunt, ideo majorem compositionem posuimus, quam antiqui nostri, ut faida, quod est inimicitia, post compositionem acceptam postponatur et amplius non requiratur, nec dolus teneatur, sed causa sit finita, amicitia manente."

2) Ueber die Natur der alten teutschen Genossenschaften vergleiche Luden, Geschichte der Teutschen, 1. Band, 1842. S. 156 ff., und v. Woringen a. a. O. S. 32.

jedem Staate aufdrängen muß, so wie er sich zu größerer Bildung erhebt, mußten auch die christlich-germanischen Staaten gelangen, welchen noch überdieß von der Kirche gelehrt wurde, daß es die Pflicht und das Recht christlicher Fürsten sei, Mörder, Räuber und andere Uebelthäter zu bestrafen und ihr Schwert gegen dieselben zu gebrauchen [3]). Das Compositionssystem konnte aber nicht sogleich gänzlich von dem Systeme der öffentlichen Strafen verdrängt werden; vielmehr dauerte es noch Jahrhunderte lang fort, nachdem das System der öffentlichen Strafen anerkannt und vorgeschrieben war. Denn während schon am Ende des sechsten Jahrhunderts in einem Capitulare des fränkischen Königes Childebert für das Verbrechen der Tödtung, des Raubes und des Diebstahles Todesstrafe vorgeschrieben und die Composition ausdrücklich ausgeschlossen war, findet sich dieselbe in den fränkischen Capitularien des achten und neunten Jahrhundertes für diese Verbrechen wieder bestätigt [4]). Diese Fortdauer des Compositionssystemes neben dem Systeme der

---

3) Can. 23. 29. 39. Caus. XXIII. qu. 5.

4) Decretum Childeberti vom Jahre 595, cap. 5 und 7, verglichen mit Capitular. I. Carol. Magn. vom Jahre 802, cap. 32. und Capitular. III. vom Jahre 813, cap. 2—4. Auch in den Volksrechten findet sich schon für einige Verbrechen, durch welche Einzelne verletzt werden, öffentliche Strafe, nicht allein in der Lex Visigothorum, Burgundionum und dem edictum Theoderici, welche Gesetze, weil sie unter dem Einflusse des römischen Rechtes entstanden, die meisten dieser Verbrechen mit öffentlicher Strafe bedrohen, sondern auch in den Gesetzen, welche rein germanisches Recht enthalten. Namentlich ist der Diebstahl mit Todesstrafe bedrohet in der Lex Ripuar. Tit. LXXIX, §. 50; Bajuvar. Tit. VIII, c. 8; Saxon. Tit. IV, c. 1—7, wenn auch nicht unbedingt, doch wenigstens in schwereren Fällen. Der Grund, aus welchem der Diebstahl schon mit öffentlicher Strafe belegt wurde, während andere schwerere Verletzungen noch mit Geld gebüßt werden konnten, liegt viel-

öffentlichen Strafen hatte ihren Grund in der Schwäche der öffentlichen Gewalt, welche es nur allmälig durchzusetzen vermochte, dem öffentlichen Strafrechte Geltung zu verschaffen. Denn bei einem uncivilisirten Volke mag der Einzelne im Gefühle seiner Kraft nicht leicht darauf verzichten, sich selbst Recht und Rache zu verschaffen, und es dauerte in Teutschland sehr lange, ehe die öffentliche Gewalt im Stande war, durch Unterdrückung der Fehde den Landfrieden aufrecht zu erhalten. Zwar wurde schon von den Carolingischen Königen der Gebrauch der Fehde unbedingt verboten, indem den Verletzten befohlen wurde, die Composition anzunehmen, und Keinem, der sie anbiete, den Frieden zu verweigern [5]): allein es fehlte an der Gewalt, diesem Verbote Achtung zu verschaffen [6]). Ebenso wenig vermochte der von der Kirche im eilften Jahrhundert errichtete und von der weltlichen Macht bestätigte Gottesfrieden (treuga dei), nach welchem die Zeit vom Donnerstags Abend bis zum Montags Morgen befriedet sein und Keiner während derselben bei Vermeidung geistlicher und weltlicher Strafen Fehde erheben oder fortsetzen sollte, den Gebrauch derselben mit Erfolg zu unterdrücken [7]). Es mußte schon für einen Gewinn gehalten werden, daß im Jahre 1187 auf einem Reichstage zu Nürnberg vom Kaiser Friedrich I befohlen wurde, daß jede Fehde drei Tage vorher abgesagt werden müsse [8]). Noch im fünfzehnten Jahrhunderte kam

---

leicht darin, daß in dem Diebstahl am Wenigsten eine persönliche Beleidigung enthalten ist, welche den Beschädigten oder dessen Verwandtschaft zur Rache und Fehde reizen könnte.

5) Capitul. Carol. Magn. vom Jahre 802, cap. 32.

6) Vergl. Henke, Geschichte des peinl. Rechts, I. S. 36.

7) Vergl. über den im Jahre 1083 zu Cöln errichteten und 1085 von Heinrich IV zu Mainz bestätigten Gottesfrieden, Roßhirt a. a. O. Theil I. S. 68.

8) Neue Sammlung der Reichsabschiede, Th. 1. S. 12 u. 13.

man nicht weiter, als den Landfrieden auf eine bestimmte Reihe von Jahren zu errichten [9]), bis endlich im Jahre 1495 unter Kaiser Maximilian der ewige Landfriede errichtet werden konnte [10]). Wie aber das Compositionssystem nur ein Mittel sein sollte, den Beleidigten zur Erhaltung des Friedens zu bestimmen, so mußte es sich auch im Gebrauch erhalten, so lange der Gebrauch der Fehde von der öffentlichen Gewalt nicht unterdrückt werden konnte. Daher war zwar in der Theorie des mittelalterlichen gemeinen Strafrechtes, welche der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel aufstellen, die Strafbarkeit der Verbrechen, durch welche Einzelne in ihren Rechten verletzt werden, im Allgemeinen anerkannt, aber daneben dem Compositionssysteme noch in mehrfacher Beziehung Einfluß zugestanden. Dahin gehört die Buße und die Wette, von welchen die erstere der compositio, die andere dem fredus der früheren Zeit entspricht [11]). Diese Geldstrafen wurden zwar der Regel nach nur noch ange-

---

9) Die Landfrieden von 1466, 1467, 1471, 1474 und 1486 s. in der neuen Sammlung der Reichsabschiede, Theil I. S. 200—204, 216—282.

10) Ueber den ewigen Landfrieden s. Gerstlacher, corp. jur. German. 1. Band, S. 153 ff. Merkwürdiger Weise ist selbst noch in der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V, Art. 129 von gewissen Fällen erlaubter Fehde die Rede. Indessen sind in den späteren Reichsabschieden von 1548, 1555 und 1594 diese Fälle nicht mehr anerkannt.

11) Die Buße bestimmte sich Theils nach dem Range des Verletzten, Sachsenspiegel II. 16. §. 1. III. 45, Theils nach der Beschaffenheit des zugefügten Schadens, Sachsenspiegel II. 27. §. 4. 47. Die Wette oder Gewedde richtete sich vorzüglich nach dem Stande des Richters, dem sie entrichtet werden mußte, Sachsenspiegel III. 64. Vergl. im Allgemeinen über Buße und Wette Haeberlin, speculorum Saxon. et Suevici jus criminale, 1838. §. 2. Mit Buße und Wette nicht zu verwechseln ist das Wehrgeld, welches den Preis bedeutete, zu welchem ein Mensch angeschlagen war, und nach welchem der Familie

wendet bei leichteren Verletzungen, namentlich bei Schlagen und Raufen, welches keine Verwundung zur Folge gehabt hatte [12]): aber auch bei schwereren Verletzungen, welche mit verstümmelnder Strafe bedrohet waren, hatte der Verletzte die Wahl, ob er auf Criminalstrafe oder auf Buße und Wette klagen wollte [13]). Damit hängt zusammen, daß überhaupt nicht anders als auf erhobene Anklage gegen den Verbrecher verfahren wurde [14]), und daß derselbe unter der Voraussetzung, daß er den Schaden ersetzte, sich mit Geld von der verwirkten Strafe loslösen konnte [15]). Auch ist es dem Einflusse des Compositionssystemes zuzuschreiben, daß das germanische Strafrecht bei der Bestrafung, wie man es auszudrücken pflegt, von dem objectiven Gesichtspuncte ausgeht, und die Größe der Strafe bestimmt nicht bloß nach dem Erfolge, der in dem Willen des Handelnden gelegen, sondern auch darnach, ob der Erfolg wirklich hervorgebracht worden war [16]). Nach diesem objectiven Gesichtspuncte wurde das bloß versuchte Verbrechen gelinder gestraft als das vollendete, weil die geringere Verletzung, welche bei jenem vorlag, eine geringere Composition nach sich gezogen hatte [17]). Nach demselben Gesichtspuncte wurden Diejenigen, welche bei einem Verbrechen bloß geholfen hatten, im Allgemeinen gelinder gestraft als der eigentliche Urheber, in dessen Thä-

---

desselben, wenn er getödtet worden, Schadensersatz geleistet werden mußte. Haeberlin l. c.

12) Sachsenspiegel III. 37.

13) Sachsenspiegel II. 16. Schwabenspiegel (ed. Senkenberg.) c. 118. §. 6.

14) Sachsenspiegel I. 66.

15) Sachsenspiegel I. 38. III. 50.

16) Vergl. über diesen objectiven Standpunct im Allgemeinen meine Abhandlungen, I. S. 302 ff.

17) Vergl. meine Abhandlungen a. a. O. S. 309 ff.

tigkeit die Verletzung den eigentlichen Grund ihres Daseins hatte [18]).

§. 23.

Ausdehnung des Strafrechtes auf Handlungen gegen Sitte, gute Ordnung und Religion.

Ein weiteres Entwickelungsmoment des teutschen Strafrechtes lag darin, daß es ausgedehnt wurde auch auf solche Handlungen, welche der Sitte, der guten Ordnung und der Religion zuwider laufen. Vielleicht wurde grobe Unzucht schon im ältesten Strafrechte mit Todesstrafe geahndet [1]). Es wäre wohl begreiflich, daß ein Volk von lauteren Sitten das Laster eher in seiner Eigenschaft als Verbrechen auffaßt, als Handlungen, durch welche Einzelne verletzt werden [2]). Denn gerade weil das Laster keinen Einzelnen verletzt, konnte das Compositionssystem auf dasselbe keine Anwendung finden, während doch nicht verkannt werden konnte, daß es in der Gesellschaft nicht geduldet werden dürfe. Es bleibt aber gleichwohl zweifelhaft, ob im ältesten teutschen Strafrechte die öffentliche Strafbarkeit der Unzucht schon anerkannt gewesen sei; denn in den späteren Volksrechten finden sich

---

18) Vergl. meine Abhandlungen a. a. O. S. 360 ff. und II. S. 375, Note 1 und S. 392, Note 1.

1) Wenn nämlich unter corpore infames, welche nach Tacit. Germ. cap. 12. versenkt wurden, Unzüchtige zu verstehen sind, welche muliebria passi sunt oder anderer unnatürlicher Lust fröhnen. Henke a. a. O. S. 4 und Tittmann, Geschichte d. teutschen Strafgesetze, §. 3 beziehen den Ausdruck auf Diejenigen, die sich selbst verstümmelten, um sich dem Kriegsdienste zu entziehen. Das stimmt allerdings zu dem oben §. 20 angedeuteten Entwickelungsgange des Strafrechtes, wornach Handlungen, die das Gemeinwesen unmittelbar verletzen, am Natürlichsten zuerst in ihrer verbrecherischen Eigenschaft erkannt werden.

2) S. auch v. Woringen a. a. O. S. 23 u. 25.

Geschlechtsvergehungen nur insofern eine Beleidigung oder Verletzung durch sie zugefügt wird, berücksichtigt, um die Composition zu bestimmen, welche dem Beleidigten oder Verletzten dafür gegeben werden müsse [3]). Dagegen sorgte die Kirche dafür, daß Handlungen gegen Sitte und Zucht nicht unbestraft blieben. Zu diesem Zwecke wurden jährliche Sendgerichte gehalten, auf welchen gerügt werden mußte, was nach Maßgabe der zehn Gebote sündhaft erschien [4]). Die Strafen, welche von dem geistlichen Gerichte zuerkannt wurden, konnten zwar an und für sich nur kirchlicher Natur sein und in Büßungen oder Excommunication bestehen: aber die Büßungen waren oft sehr hart, und die Kirche fand in Ausübung ihrer Strafgerichtsbarkeit Unterstützung bei der weltlichen Macht, welche mit bürgerlichen Zwangsmitteln gegen den Widerspänstigen verfuhr, der sich der Kirche nicht unterwerfen wollte [5]). Ueberdieß war unter dem Einflusse des römischen Rechtes die weltliche Strafbarkeit der gröbsten Arten der Unzucht schon in den fränkischen Capitularien anerkannt [6]), so wie sie auch später in derselben Weise in der

---

3) Nur die lex Visigoth. III. c. 5. §. 5 erwähnt die Päderastie unter Androhung der Castration und Einsperrung in ein Kloster. Ueber die Volksrechte hinsichtlich der Fleischesverbrechen s. Heineccius, elementa jur. Germ. tom. II. lib. II. tit. 24.

4) Ueber diese Synodal- oder Send-Gerichte vergl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, 2. Band, 1833. S. 73 ff. und Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts, 8. Aufl. 1839. §. 182 und 183. Auf den Sendgerichten wurden übrigens nicht bloß Unsittlichkeiten gerügt, sondern auch Tödtung, Diebstahl und ähnliche Verbrechen, welche gleichfalls gegen die christliche Moral verstießen. So lange diese Verbrechen noch nicht mit weltlicher Strafe verfolgt wurden, lag in der Kirchenbuße die eigentliche Strafe für den Verbrecher; vgl. Eichhorn a. a. O. S. 75.

5) Walter a. a. O. §. 183.

6) Namentlich Incest, Sodomie und Päderastie. Capitul. VII. 356. Addit. Capit. IV. 160.

peinlichen Gerichtsordnung Carl's V ausgesprochen wurde [7]). Auch gegen leichtere Unzuchtsvergehen wurde seit dem sechszehnten Jahrhundert von der weltlichen Strafgewalt eingeschritten, wobei aber bis in das achtzehnte Jahrhundert in der sogenannten Kirchenbuße ein Theil von der kirchlichen Strafe erhalten wurde [8]). Im Allgemeinen wurde die Aufrechterhaltung guter Sitten vorzugsweise Sache der Polizei, unter deren Begriff und Strafgewalt auch viele Handlungen anderer Art gezogen wurden, welche mit der allgemeinen Sicherheit und Wohlfahrt nicht verträglich zu sein schienen [9]).

Auf der anderen Seite blieben aber Theils Religionseifer, Theils Aberglauben nicht ohne Einfluß auf die Gestaltung des Strafrechtes. Unter diesem Einflusse wurde auch der Glaube des Menschen dem Rechte unterworfen, und aus der Ketzerei ein Verbrechen gemacht, welches zwar von der weltlichen Gewalt nicht beurtheilt werden dürfe, aber von derselben, nachdem das geistliche Gericht darüber erkannt, mit den härtesten Strafen verfolgt werden müsse [10]). Ebenso wurde die Gotteslästerung als eines der schwersten Verbrechen angesehen, welches die göttliche Rache herabrufe auf

---

7) Art. 116 und 117.

8) Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1. Band, 1835. S. 178.

9) Z. B. wucherliche Handlungen, Vagabundiren, übertriebener Luxus und Aehnliches. Ueber die Geschichte und den Inhalt der Reichs-Polizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 vergl. Gerstlacher corp. jur. Germ. 1. Band, S. 429 ff. S. auch im Allgemeinen Roßhirt, Geschichte und System, 3. Theil, S. 160 ff.

10) Eichhorn a. a. O. S. 85 und S. 116 ff. S. auch Bambergische Halsgerichtsordnung, Art. 130: „Item wer durch den ordenlichen geistlichen Richter für eynen ketzer erkannt und dafür dem weltlichen Richter geantwort wurde, der soll mit dem feuer vom leben zum todt gestraft werden."

den Staat, der es dulde, und deßwegen mit der härtesten Strafe geahndet werden müsse [11]). Nicht gerade durch das Christenthum hervorgerufen, aber von demselben auch nicht unterdrückt war der Glaube an Hexerei und Zauberei, und an die Beschädigungen, welche durch diese Künste hervorgebracht werden könnten [12]). In diesem Glauben mußten die Hexen und Zauberer der schwersten Strafen für würdig gehalten werden [13]). In engerem Zusammenhange mit dem kirchlichen Dogma stand die Weise, in welcher vorzüglich im sechszehnten und siebenzehnten Jahrhundert die Hexerei aufgefaßt und verfolgt wurde. Nach dieser Auffassung wurde an einen persönlichen Teufel geglaubt, mit welchem die Menschen in Bündniß treten und Buhlerei treiben könnten. Es gehörte nicht viel dazu, um in den Verdacht zu kommen, daß man in solcher Weise von Gott abgefallen sei, und der Verdacht wurde in den meisten Fällen zur Ueberführung, da man in der Tortur ein sicheres Mittel hatte, das Eingeständniß eines Bündnisses mit dem Teufel zu erhalten [14]). So lange man bei Verfolgung der Hexerei vorzüglich den Schaden im Auge hatte, der durch sie angerichtet worden,

---

11) Capitul. VI. 101. Königliche Satzung von Gotteslästerern von 1495 (Neue Sammlung der R.A. 2. Thl. S. 28). R.P.O. von 1530, 1548 und 1577, Tit. 1. P.G.O. Art. 106.

12) Karl der Große in dem capitul. de partib. Saxoniae cap. 6 erklärte zwar den Glauben an Hexen für eine Eingebung des Teufels, sowie auch in den langobardischen Gesetzen, lib. I. tit. XI. §. 9. gesagt wird, daß Christen nicht an Hexen glauben dürften. Allein die spätere Gesetzgebung und Praxis beweiset, wie wenig solche Erklärungen halfen.

13) Nach dem Sachsenspiegel Buch II. Art. 13 war die Strafe der Zauberei der Feuertod; ebenso nach der P.G.O. Art. 109, wenn durch dieselbe Schaden zugefügt wäre.

14) Ueber diese neue Auffassung der Hexerei vergl. Roßhirt, Geschichte und System, 3. Theil, S. 151 ff.

mag die Anzahl der Opfer, welche dem unseligen Aberglauben gefallen sind, verhältnißmäßig gering gewesen sein, weil der Mangel eines eingetretenen Schadens oder die Nachweisung, daß derselbe aus natürlicher Ursache entstanden sei, den Beweis der Unschuld liefern konnte: aber gegen den Verdacht, daß man mit dem Teufel im Bunde stehe, um mit demselben zu buhlen, konnte es keine solche Entlastung geben. Daher stieg im sechszehnten und siebenzehnten Jahrhundert die Anzahl der Hexenprocesse in's Unglaubliche, und selten mag ein solcher Proceß einen anderen Ausgang gehabt haben, als daß der Unglückliche nach vorher gegangener Tortur verbrannt wurde [15]).

§. 24.

Einfluß des Principes der Vergeltung und der Abschreckung auf die Wahl der Strafmittel und den Maßstab der Strafbarkeit.

Das positive Recht kann keine Handlung für strafbar erklären, ohne zugleich die Strafe zu bestimmen, mit welcher dieselbe belegt werden soll. Denn wie jede Bestrafung die Zufügung eines bestimmten Strafübels ist, so muß das positive Recht, wenn es in gewissen Fällen Bestrafung vorschreibt, auch die Strafübel angeben, welche in denselben angewendet werden sollen. Daher müssen dem positiven Strafrechte jeder Zeit gewisse Ansichten zu Grunde liegen, sowohl über die Art der Strafübel, welche im Allgemeinen als zulässig erscheinen, als auch über das Maß, in welchem die einzelnen Verbrechen strafbar sein sollen. In beiden Beziehungen werden die Ansichten abhängen von dem

---

15) Den Beleg geben die zahlreichen Todesurtheile gegen Hexen, welche in Carpzov practica rerum criminal. Pars I. qu. 50. stehen.

größeren oder geringeren Grade der Deutlichkeit, in welcher man sich des wahren Wesens der Strafe und des Grundes, auf welchem die Nothwendigkeit derselben beruht, bewußt ist. Die Nothwendigkeit der Strafe an und für sich ergiebt sich zwar zu jeder Zeit, auch wenn ein Staat noch auf den ersten Stufen seiner Entwickelung steht, von selbst mit dem bloßen Dasein des Staates. Denn Derjenige, welcher den Bedingungen zuwider handelt, auf welchen die Existenz des Staates beruht, kann nicht mehr als berechtigtes Mitglied desselben angesehen werden, ohne daß der Staat die Gültigkeit jener Bedingungen aufhebt und damit sich selbst aufgiebt. Aber so lange sich der Staat des wahren Grundes dieser Nothwendigkeit nicht bewußt ist, kann er bei Ausübung des Strafrechtes leicht zu Strafübeln greifen, welche sich mit der wahren Natur der Strafe nicht vereinigen lassen. Die älteste Strafe im teutschen Strafrechte ist zuverlässig die Todesstrafe gegen Denjenigen, der sich durch Verrath an dem gemeinen Wesen vergangen [1]). Daß der Verräther nicht mehr als berechtigtes Mitglied der Gesellschaft leben dürfe, konnte dem natürlichen Rechtsgefühle nicht zweifelhaft bleiben. Zwar folgte daraus nicht die Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit der Todesstrafe, weil das Leben überhaupt gar kein Recht, sondern nur eine factische Voraussetzung der Rechte ist, welche dem Einzelnen zustehen und ihm durch die Strafe entzogen werden können [2]): aber man hielt sich für berechtigt, die Todesstrafe zu verhängen, weil durch sie am Sichersten die durch das Verbrechen verwirkten Rechte entzogen wurden, um so mehr, da der Verräther ein Feind war, gegen welchen die Todesstrafe den sichersten Schutz gewährte. Dieser ursprüngliche Gebrauch der Todesstrafe scheint aber

1) Siehe oben §. 20.

2) S. oben §. 9.

auf natürliche Weise von großem Einfluß auf die weitere Ausbildung des Strafrechtes geworden zu sein. Ihrer Natur nach ist die Todesstrafe geeignet, in zweifacher Bedeutung zu erscheinen, Theils als Vergeltung für das Böse, dessen sich der Bestrafte schuldig gemacht, Theils als Abschreckung für die Uebrigen, gleiche Verbrechen zu verüben. Vergeltung und Abschreckung sind zwar an und für sich nur Wirkungen, welche die Todesstrafe haben kann: aber diese Wirkungen können leicht als Zwecke der Strafe aufgefaßt werden, da sie überdieß gerecht und der Wohlfahrt des Ganzen ersprießlich zu sein scheinen. In der That wurden Vergeltung und Abschreckung die Zwecke, welche man der Strafe unterlegte, und von welchen man sich bestimmen ließ, sowohl bei der Wahl der Strafmittel, welche im Allgemeinen zulässig seien, als auch bei Aufstellung des Maßstabes der Strafbarkeit, nach welchem die einzelnen Verbrechen bestraft werden sollten. Denn die meisten Strafen, welche man anwendete, gingen nach dem mittelalterlichen Sprachgebrauch an Hals und Hand, indem sie entweder Todesstrafen oder verstümmelnde Strafen waren [3]). Man begnügte sich nicht ein Mal mit der einfachen Todesstrafe, sondern suchte dieselbe durch grausame Vollziehung noch abschreckender zu machen [4]). Bei den verstümmelnden Strafen war häufig darauf Rücksicht genommen, daß der Verbrecher an dem Gliede gestraft würde, welches er bei Begehung seines Verbrechens vorzugsweise gebraucht hatte [5]). Die gelin-

3) Sachsenspiegel II. 13 und 26. Heineccius element. jur. Germ. II. pars II. §. 13. Haeberlin a. a. O. §. 3 u. 4.

4) Ueber die älteren schauderhaften Leibes- und Lebens-Strafen vergl. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 682 ff.

5) Z. B. Meineidigen wurden die drei Schwurfinger abgehauen und Gotteslästerern die Zunge ausgeschnitten.

deste Strafe war diejenige, welche an Haut und Haar ging und in Ausgeißelung des Verbrechers bestand [6]). Gefängnißstrafe scheint ursprünglich unter den eigentlichen Strafmitteln keine selbstständige Stelle gehabt zu haben, sondern mehr als Mittel der Sicherung gebraucht worden zu sein [7]). Aus ähnlicher Rücksicht wurde hin und wieder, namentlich in den Städten, die Strafe der Verweisung angewendet, durch welche man sich gefährlicher Subjecte auf leichte Weise entledigen konnte [8]). Im Allgemeinen aber konnte man, nachdem man ein Mal Vergeltung und Abschreckung zu Zwecken der Strafe erhoben, die Gränze für die Grausamkeit der Strafen nur in der Unmöglichkeit finden, noch grausamere Strafen zu ersinnen. Indem man aber auf diese Weise das Strafrecht zu einem wirklich peinlichen Rechte machte, in welchem die grausamsten Strafen gerechtfertigt waren, konnte man für die einzelnen Verbrechen keinen gerechten Strafmaßstab aufstellen. Man befolgte allerdings insofern einen gewissen Maßstab der Strafbarkeit, als man die verschiedenen Verbrechen verschieden bestrafte, je nachdem sie nach natürlichem Gefühle mehr oder minder schwer zu sein scheinen: aber bei den ein Mal angenommenen Strafmitteln war ein gerechter Strafmaßstab unmöglich, da es doch immer nur in Frage kommen konnte, das eine oder andere derselben in Anwendung zu bringen [9]).

---

6) Vergl. Haeberlin a. a. O. §. 4.

7) Daß das Gefängniß, welches im Sachsenspiegel III. 60. §. 3, und im Schwabenspiegel cap. 204 erwähnt wird, Sicherheitsgefängniß und nicht Strafgefängniß sei, s. Haeberlin a. a. O. §. 7.

8) Vergl. Roßhirt a. a. O. I. S. 46.

9) Ueber die Bestrafung der Verbrechen nach dem Sachsenspiegel vergl. Roßhirt a. a. O. S. 155 ff.

§. 25.

Einfluß der Reception des römischen und des canonischen Rechtes.

Seit der Reception des römischen und des canonischen Rechtes wurden diese Rechte auch in Beziehung auf das Strafrecht als eine gültige Rechtsquelle angesehen. Diese Reception ist zwar auf die weitere Entwickelung des teutschen Strafrechtes nicht ohne großen Einfluß geblieben. Indessen besteht dieser Einfluß weniger darin, daß durch die fremden Rechte neue Ansichten und Grundsätze eingeführt worden wären über die Handlungen, welche Verbrechen sein, und über die Strafen, mit welchen dieselben belegt werden sollten, als vielmehr darin, daß in Folge der Reception eine andere Strafrechtspflege nothwendig wurde, welche auf die weitere Fortbildung des Strafrechtes von günstiger Wirkung sein konnte. Denn hinsichtlich der Frage, welche Handlungen für Verbrechen gelten sollten, hatte sich das einheimische Strafrecht schon vor der Reception des römischen Rechtes im Allgemeinen auf den Standpunct erhoben, auf welchem dieses steht, daß nämlich Verbrechen Theils rechtsverletzende Handlungen sein können, sowohl gegen den Staat als gegen Einzelne begangen, Theils Handlungen, durch welche der Sitte und guten Ordnung zuwider gehandelt wird. Das römische Recht war allerdings ein vollständig durchgebildetes Recht, in welchem mit feiner Casuistik die verschiedenen Weisen, in welchen die einzelnen Verbrechen begangen werden können, sorgfältiger und vollständiger angegeben und unterschieden waren, als das im einheimischen Rechte der Fall war, wie denn auch die gesellschaftlichen Verhältnisse der Römer in der Kaiserzeit mannichfaltigere und ausgesuchtere Weisen, die Verbrechen zu begehen, erzeugt haben mögen, als die einfacheren Zustände des älteren und mittelalterlichen

Teutschland's: aber in Ansehung des Principes, nach welchem das menschliche Handeln unter den Begriff des Verbrechens subsumirt werden müsse, brauchte das einheimische Recht bei den fremden Rechten keine Belehrung zu suchen. Einzelne verbrecherische Handlungen waren im römischen Strafrechte nach anderem Gesichtspuncte aufgefaßt als im einheimischen Rechte: aber es läßt sich nicht behaupten, daß die einheimische Auffassungsweise im Allgemeinen von der römischen verdrängt worden wäre [1]). In einer Beziehung fand ein sehr wesentlicher Unterschied Statt zwischen dem römischen und dem einheimischen Rechte. Denn jenes ging bei Ausmessung der Strafbarkeit, wie man es auszudrücken pflegt, von dem subjectiven Standpuncte aus, und bestrafte den Versuch des Verbrechens ebenso hart als die Vollendung desselben, die Hülfeleistung und Theilnahme nicht minder als die Urheberschaft, weil in allen diesen Fällen der Wille, daß das Verbrechen begangen werde, in gleicher Weise vorhanden ist [2]), während das einheimische Recht auch den objectiven Gesichtspunct beobachtete, und bei Bestimmung der Strafbarkeit nicht bloß den Willen, den der Verbrecher gehabt, sondern daneben

---

1) Z. B. der Diebstahl, dessen Begriff nach teutschem Rechte beschränkt ist auf das Hinwegnehmen einer fremden Sache aus dem Gewahrsam eines Anderen, während es die Römer auch zum furtum rechneten, wenn Jemand seine eigene Sache aus der Detention eines Anderen entwendete, oder wenn er eine ihm anvertrauete Sache veruntreuete. Das Verbrechen der Nothzucht wird im teutschen Rechte vorzüglich aufgefaßt als ein gewaltsamer Angriff auf die weibliche Ehre, während das römische Recht dabei bloß die der Person angethane Gewalt berücksichtigt, und an der Stelle der teutsch-rechtlichen Nothzucht ein bloßes crimen vis annimmt, welches aber auch an männlichen Personen begangen werden kann.

2) Vergl. darüber meine Abhandlungen I. S. 78 ff. und II. S. 362 ff.

auch den Erfolg, den er durch seine Thätigkeit hervorgebracht, berücksichtigte [3]). Aber dieser objective Gesichtspunct hat sich auch nach der Reception des römischen Rechtes in dem teutschen Strafrechte erhalten. Ebenso wenig war die Reception der fremden Rechte von wesentlichem Einflusse auf die Entscheidung der Frage, welche Strafübel der Staat berechtigt sei gegen den Verbrecher zu verhängen. Denn das römische Strafrecht beruhete im Wesentlichen ebenfalls auf dem Principe der Abschreckung und Vergeltung. Es zeugen dafür nicht nur viele Stellen des römischen Rechtes, in welchen namentlich die Abschreckung ausdrücklich als Zweck der Strafe hervorgehoben wird, sondern auch die unverhältnißmäßig harten Strafen, mit welchen viele Verbrechen bedroht sind [4]). Das römische Recht stand dem germanischen nicht nach an häufigem Gebrauche der Todesstrafe und an Grausamkeit in Vollziehung derselben, sowie auch demselben verstümmelnde Strafen und körperliche Züchtigung nicht unbekannt waren [5]). Durch die Reception des canonischen Rechtes hätte das teutsche Strafrecht allerdings einen menschlicheren Charakter erhalten können. Denn das Strafrecht, welches sich in der

---

3) S. oben S. 71.

4) S. diese Stellen bei Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorieen, S. 81 ff. Abegg a. a. O. S. 78 f. nimmt zwar das römische Recht in Schutz gegen den Vorwurf, daß es vorzüglich dem Abschreckungsprincipe huldige, indem vielmehr im Ganzen das Princip der Gerechtigkeit darin herrsche, nach welchem die Strafe nach der Größe der Schuld bestimmt worden sei. Es kommen allerdings viele Stellen vor, in welchen es heißt, daß die Strafe pro modo admissi oder pro ratione delicti bestimmt werden solle. Allein das ist ein Grundsatz, den jede Theorie und jedes Gesetzbuch behaupten muß. Es kommt nur darauf an, welche Strafe die verdiente sei, und hier muß die Entscheidung verschieden ausfallen, je nachdem man dem Abschreckungsprincip oder einem anderen Principe huldigt. S. oben §. 11.

5) Ueber das römische Strafsystem s. Hefftter, Lehrbuch §. 120 ff.

Kirche ausbildete, Theils weil die Geistlichen wegen der von ihnen begangenen gemeinen Verbrechen von der weltlichen Gerichtsbarkeit befreiet und nur der geistlichen Gerichtsbarkeit unterworfen waren, Theils weil die Kirche auch die von Laien begangenen Verbrechen, weil sie Sünden waren, ihrer Gerichtsbarkeit zu unterwerfen suchte, verläugnete nicht den christlichen Standpunct, und wollte über dem Sünder nicht den Menschen vergessen haben [6]). Es setzte vielmehr, das canonische Strafrecht, den Zweck der Strafe in die Besserung des Verbrechers, und gebrauchte nur solche Strafen, welche mit diesem Zwecke vereinigt werden konnten [7]). Todesstrafen und verstümmelnde Strafen wurden von der Kirche nicht gut geheißen [8]), welche sogar den Verbrecher in Schutz zu nehmen suchte gegen die weltliche Macht, die diese Strafen verhängen wollte [9]). Aber die Besserungstheorie des canonischen Strafrechtes fand keinen Eingang in dem weltlichen Strafrechte, zumal da die Kirche auf der anderen Seite kein Bedenken trug, den Sünder oder Verbrecher, der sich ihr nicht unterwerfen wollte, dem Arme der weltlichen Gerechtigkeit zu übergeben [10]). Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V, in welcher die Hauptgrundsätze dargestellt sind, welche sich nach der Reception der fremden Rechte in dem gemeinen Strafrechte festgestellt hatten, liefert in ihren schau-

---

6) Can. 35. Caus. XXIII. qu. 4.

7) Geldstrafen, Relegation, körperliche Züchtigung und Gefängnißstrafe. Vergl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, II. S. 69.

8) Ecclesia non sitit sanguinem.

9) Durch das Asylrecht, nach welchem ein in die Kirche oder deren Vorhof, oder in das Haus des Bischofes geflüchteter Verbrecher nur ausgeliefert wurde, wenn der weltliche Richter versprach, ihn mit Strafe an Leib oder Leben zu verschonen. Vergl. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, 1842, §. 212.

10) Cap. 10. X. de judiciis II. 1.

derhaften Strafdrohungen den Beweis, daß die beſſeren Grundſätze des canoniſchen Rechtes auf das weltliche Strafrecht keinen Einfluß zu gewinnen vermochten [11]).

§. 26.

Fortſetzung.

Die peinliche Gerichtsordnung Karl's V.

Dagegen hatte die Reception der fremden Rechte die wichtige Folge, nach und nach eine andere Art der Strafrechtspflege herbeizuführen. Vor der Reception waren die Gerichte mit Männern aus dem Volke beſetzt geweſen, welche nicht Gelehrte zu ſein brauchten, weil das Recht nicht auf geſchriebenen Geſetzen beruhete, ſondern noch lebendig im Volke war und zu ſeiner Anwendung keiner beſonderen Erlernung bedurfte [1]). Aber dieſe volksthümliche Rechtspflege konnte nicht fortbeſtehen, nachdem es ein Mal von dem Kaiſer und den Landesherren anerkannt war, daß die fremden Rechte in Teutſchland anwendbares Recht ſeien. Mit dem römiſchen Rechte, welches man weniger in ſeiner quellenmäßigen Geſtalt als in der Verarbeitung kennen lernte, die es von den Gloſſatoren und italiäniſchen Practikern erhalten hatte, fand der von denſelben gebildete Inquiſitionsproceß in Teutſchland Eingang [2]), der hinſichtlich des Princips, auf welchem er beruhete, ein nothwendiger Fortſchritt war, den das Strafrecht nehmen mußte [3]). Dagegen war es ſchlimm,

---

11) P.G.O. Art. 192 ff.

1) S. Henke, Geſchichte des peinlichen Rechts, I. Theil, S. 118 ff. II. Theil, S. 19 ff.

2) Vergl. meine Abhandlungen, II. Band, S. 78, Note 1.

3) Denn wie es nicht nur Recht, ſondern auch Pflicht des Staates iſt, zu ſtrafen (vergl. oben §. 5.), ſo iſt auch der Inquiſitionsproceß, nach deſſen Princip es nicht auf die Willkür eines Anklägers ankommt, ob gegen den Verbrecher verfahren werden ſoll, ſondern die Unterſuchung

daß mit dem römischen Rechte auch der Gebrauch der Folter eingeführt wurde [4]), welche zwar gegen Unfreie schon nach den alten Volksrechten angewendet werden konnte [5]), aber nach der Reception des römischen Rechtes allgemein angewendet wurde und die Beweismittel des einheimischen Strafprocesses verdrängte, welche, wenn auch nicht minder unvernünftig, doch weniger grausam waren [6]). Anfangs fehlte es nicht an häufigen Klagen, welche gegen die Fürsten und Obrigkeiten wegen dieser neuen Art der Justiz erhoben wurden. Namentlich wurden bei dem obersten Reichsgerichte Klagen darüber angebracht, daß die Fürsten „die Leute unverschuldt ohn Recht und redliche Ursache zum Todte hätten richten lassen" [7]). Diese Klagen sind sehr wohl begreiflich, da der inquisitorische Proceß und die Folter Schrecken einflößen und es jedes Falles etwas Unheimliches haben mußte, sich den Vorschriften eines unbekannten, in unverständlicher Sprache geschriebenen Rechtes unterworfen zu wissen. Auf der anderen Seite konnte vom Standpuncte Derjenigen, welche den fremden Rechten ergeben waren, den volksthümlichen Gerichten nicht die Fähigkeit zugetrauet werden, Urtheile zu finden, welche nach den fremden Rechten gerechtfertigt werden könnten. Daher wurde von diesem Standpuncte aus geltend gemacht, „daß oftmals wider Recht und gute Ver-

---

von Amtswegen eröffnet wird, dem Begriffe der Strafe entsprechender als der Anklageproceß.

4) S. Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, 1. Abtheilung, S. 63. v. Jagemann, Artikel „Frage" im Rechtslexicon IV. Band, S. 339.

5) S. Tittmann, Geschichte der teutschen Strafgesetze, S. 28.

6) Ueber die Beweismittel des älteren einheimischen Processes, namentlich Gottesurtheile und Eideshelfer, vergl. Henke a. a. O. S. 88.

7) Kammergerichtsordnung von 1500. Vergl. Gerstlacher, corp. jur. germ. I. S. 331.

nunft gehandelt und entweder die Unschuldigen gepeinigt und getödtet oder aber die Schuldigen durch unordentliche, geverliche und verlängerliche Handlung den peinlichen Klägern und gemeinem Nutzen zu großem Nachtheil gefristet, weggeschoben und erledigt würden, weil nach altem Brauch und Herkommen die meisten peinlichen Gerichte mit Personen besetzt seien, die in den fremden Rechten keine Erfahrung und Uebung haben" [8]). Diese und ähnliche Klagen hatten zunächst die Folge, daß am Ende des fünfzehnten und am Anfang des sechszehnten Jahrhunderts sowohl für mehrere teutsche Länder von ihren Landesherren als auch für das gesammte teutsche Reich vom Kaiser Karl V neue Strafgesetzgebungen erlassen wurden [9]). Mit diesen Gesetzgebungen beabsichtigte man nicht vollständige Strafgesetzbücher zu geben, in welchen das ganze System der Verbrechen und Strafen erschöpft sein sollte. Denn ein Bedürfniß nach solchen Gesetzbüchern konnte nicht anerkannt werden, da Kaiser und Stände die Gültigkeit der fremden Rechte, welche ein solches Bedürfniß auszuschließen schienen, Theils voraussetzten, Theils befördern wollten. Ebenso wenig beabsichtigte man, die einheimischen Rechtsansichten durch neue aus dem römischen Rechte genommene Grundsätze gänzlich zu verdrängen. Zwar wurden in diesen Gesetzbüchern manche hergebrachte Mißbräuche aufgehoben, die man wohl auch ohne die Kenntniß der fremden Rechte als Mißbräuche erkannt und abgeschafft haben würde: aber im Allgemeinen wurde von den einheimischen Rechtsansichten in diesen Gesetzbüchern Vieles erhalten, was ohne

8) S. die Vorrede der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V.

9) Die Malefizordnung für die Grafschaft Tyrol von 1499, die peinliche Gerichtsordnung für das Bisthum Bamberg von 1507, welche im Jahre 1516 auch in der Grafschaft Brandenburg publicirt und der im Jahre 1532 erlassenen peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl's V zu Grunde gelegt wurde.

dieselben von dem römischen Rechte verdrängt worden sein würde. Die Absicht, welche man mit diesen Gesetzbüchern erreichen wollte, war vielmehr keine andere, als den Widerspruch auszugleichen, der darin lag, daß die fremden Rechte als gültige Rechte angesehen wurden, während doch die Gerichte noch mit Männern besetzt waren, denen das Verständniß dieser Rechte nicht zugetrauet werden konnte. Zu diesem Zwecke wurde in diesen Gesetzbüchern den ungelehrten Richtern für Verfahren und Beurtheilung eine Anweisung gegeben, welche wenigstens im Wesentlichen mit den Grundsätzen der fremden Rechte nicht im Widerspruche stand, und so verständig und zweckmäßig abgefaßt war, daß sie auch den verständigen Verehrer der fremden Rechte befriedigen konnte. Aber jedes geschriebene Recht bedarf zu seiner Anwendung einer besonderen Erlernung, und die neuen Gesetzbücher hatten vor den fremden Rechten am Ende bloß das voraus, was jedoch für das Verständniß derselben nicht das Wesentlichste war, daß sie in einheimischer Sprache geschrieben waren. Schon in diesen Gesetzbüchern selbst, welche doch zunächst für den ungelehrten Richter geschrieben waren, wurde anerkannt, daß sich demselben für die Entscheidung feinerer und schwieriger Fragen keine Anweisung geben lasse. Es wurde den ungelehrten Richtern vorgeschrieben, in allen zweifelhaften Fällen nicht nach eigenem Ermessen zu verfahren, sondern sich bei Rechtsverständigen, namentlich auch auf den hohen Schulen Rath zu erholen und demselben Folge zu leisten [10]). Das mußte aber von selbst dazu führen, daß die ungelehrten Richter allmälig gänzlich von der Strafrechtspflege verdrängt wurden, und daß dieselbe ausschließlich in die Hände rechtsgelehrter Juristen gelangte.

---

10) P.G.O. Art. 104. 176. 177. 178. 219.

§. 27.

Fortbildung des Strafrechtes durch den Gerichtsgebrauch.

Auf dieſe Weiſe wurde die Reception der fremden Rechte und die durch dieſelbe hervorgerufene einheimiſche Strafgeſetzgebung die Veranlaſſung, daß an die Stelle der früheren volksthümlichen Strafrechtspflege rechtsgelehrte Gerichte treten mußten. Namentlich erhielten auch die Juriſtenfacultäten auf den teutſchen Univerſitäten, an welche ſchon nach der Anweiſung der peinlichen Gerichtsordnung in wichtigeren und zweifelhaften Fällen die Acten zum Spruche verſendet werden konnten, eine Criminalpraxis über alle teutſchen Länder. An den fremden Rechten und der peinlichen Gerichtsordnung hatten dieſe gelehrten Gerichte eine ſichere geſchriebene Rechtsquelle für ihre Entſcheidungen, während die volksthümlichen Gerichte ſich mehr an Gewohnheitsrecht und Rechtsgefühl gehalten hatten. Die fremden Rechte, deren Gültigkeit reichsgeſetzlich anerkannt, und die peinliche Gerichtsordnung, welche ſelbſt ein Reichsgeſetz war, waren gemeines teutſches Recht, deſſen Gültigkeit für ganz Teutſchland als Regel angeſehen wurde. Seit der Reception der fremden Rechte und ſeit der Publication der peinlichen Gerichtsordnung iſt von Seiten der Reichsgeſetzgebung Nichts weiter für die Fortbildung des Strafrechtes geſchehen. Dennoch iſt das teutſche Strafrecht nicht auf dem Standpuncte der Entwickelung ſtehen geblieben, den es in dieſen Quellen einnimmt, wie es denn auch leicht begreiflich iſt, daß dieſer Standpunct den Anſichten und Bedürfniſſen der fortſchreitenden Zeit bis auf unſere Tage nicht mehr genügen konnte. Bei dem Stillſtande der Geſetzgebung wurde aber dieſe Fortbildung durch den Gerichtsgebrauch vermittelt, von welchem nach und nach ein Strafrecht geſchaffen wurde, welches zum großen Theile

nicht aus jenen gemeinrechtlichen geschriebenen Quellen gerechtfertigt werden konnte. Den gelehrten Gerichten war in den gemeinrechtlichen Quellen selbst die Möglichkeit und Veranlassung gegeben, einen von denselben abweichenden Gerichtsgebrauch zu begründen. Denn von dem römischen Strafrechte konnte in der Praxis keine genaue Anwendung gemacht werden, Theils weil in einzelnen Puncten die germanische Rechtsansicht demselben widersprach und in ihrer ferneren Gültigkeit auch von der peinlichen Gerichtsordnung anerkannt wurde [1]), Theils weil es in Teutschland an den Einrichtungen gebrach, auf welche das römische Strafrecht berechnet war [2]). Ebenso wenig hielten sich die gelehrten Gerichte für verbunden, sich strenge an die peinliche Gerichtsordnung zu halten, weil dieselbe ihrer eigenen Angabe nach hauptsächlich eine Unterweisung für den ungelehrten Richter sein sollte. Auch verwies die peinliche Gerichtsordnung in schwierigen und zweifelhaften Fragen häufig auf das Ermessen der Rechtsverständigen [3]), welche ihren Entscheidungen das römische Recht, das überdieß dem richterlichen Ermessen ziemlich weiten Spielraum ließ [4]), zu Grunde legen sollten. Daraus wird begreiflich, daß das Strafrecht, welches von diesen gelehrten

---

1) Z. B. hinsichtlich der verschiedenen Strafbarkeit des Versuches und der Vollendung, der Urheberschaft und der Hülfeleistung vergl. oben §. 25.

2) Z. B. für die Verurtheilung in die Bergwerke, welche im römischen Strafrechte häufig angedrohet war, konnte man bei dem Mangel an Zucht- und Arbeits-Häusern nicht ein Mal etwas Analoges anwenden.

3) S. oben §. 26, Note 10.

4) Häufig findet sich im römischen Rechte die Vorschrift, daß die Strafe pro ratione delicti, oder prout res postulat, bestimmt werden solle, z. B. L. 11. pr. L. 13. D. de poenis (XLVIII. 19). L. 10. D. de extraord. crim. (XLVII. 2), oder daß severe oder graviter gestraft werden solle, L. 1. §. 1. L. 5. D. eod.

Gerichten angewendet wurde, abhängig war von den jedesmaligen Ansichten der Rechtsgelehrten, und daß sich das Strafrecht im Verlaufe der Zeit sehr veränderte, ungeachtet es immer die nämlichen gemeinrechtlichen Quellen waren, welche angebliche Gültigkeit hatten. So lange sich die gelehrten Gerichte an Aufklärung noch nicht über den Standpunct erheben konnten, auf welchem die gemeinrechtlichen geschriebenen Gesetze standen, wurde aus denselben in der Praxis unbedenklich angewendet, was in späterer Zeit als unvernünftig und abergläubisch verworfen werden mußte. Die Folter wurde als ein Gottesurtheil aufgefaßt und mit dem Glauben gerechtfertigt, daß Gott der Unschuld beistehen und nicht zugeben werde, daß ein Unschuldiger unterliege. In diesem Glauben hielt man sich nicht ein Mal für verbunden, die Bedingungen zu beobachten, von welchen nach den Vorschriften der peinlichen Gerichtsordnung die Anwendung derselben abhängig sein sollte. Als aber dieser Glaube, der schon am Anfange des achtzehnten Jahrhunderts von Einzelnen als unvernünftig angefochten worden war [5]), vor der allgemeineren Aufklärung, zu welcher sich die Menschen seit der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts erhoben, nicht mehr bestehen konnte, kam auch der Gerichtsgebrauch allmälig von der Anwendung der Folter zurück, auch wo dieselbe nicht durch Particulargesetze ausdrücklich aufgehoben wurde [6]). Der Glaube an den persönlichen Teufel und an den Umgang, den

---

5) Namentlich von Thomasius, de tortura foris Christianorum proscribenda, Halae 1705.

6) Ueber die Aufhebung der Folter in den einzelnen Ländern s. Tittmann, Geschichte der teutschen Strafgesetze, §. 84. In manchen Ländern ist die Folter erst in diesem Jahrhunderte ausdrücklich aufgehoben worden, z. B. in Hannover im Jahre 1822, während der Gebrauch derselben durch den Gerichtsgebrauch natürlich schon früher aufgehört hatte.

er mit den Menschen pflegen könne, veranlaßte im sechszehnten und siebenzehnten Jahrhundert Hexenverfolgungen in weit größerem Umfange, als nach der peinlichen Gerichtsordnung zulässig war [7]). Es bedurfte aber ebenfalls keiner neuen Gesetze, um den Hexenprocessen ein Ende zu machen [8]). Ebenso wenig konnte sich im achtzehnten Jahrhunderte der frühere Glaube halten, daß durch die Gotteslästerung die Gottheit selbst beleidigt werde und nur durch schwere Strafen gesühnt werden könne. Der Gerichtsgebrauch ließ an die Stelle der schweren Leibes- und Lebens-Strafen, welche die Gesetze gegen dieses Verbrechen droheten, geringe Gefängnißstrafe treten. Hinsichtlich der Frage, welche Strafen überhaupt zulässig seien, erhob man sich zwar bis in die neueste Zeit nicht über die Theorieen der Abschreckung und Vergeltung, welche den Gesetzen die grausamsten Strafarten eingegeben hatten: aber gegen die Consequenzen dieser Theorieen machte sich die fortschreitende Humanität geltend, welche sich gegen diese Strafarten auflehnte. Die verstümmelnden Strafen wurden durch den Gerichtsgebrauch gänzlich aufgehoben, um sie durch Gefängniß- und Zuchthaus-Strafen zu ersetzen. Dagegen war das Abschreckungsprincip noch zu mächtig, als daß sich der Gerichtsgebrauch zum Aufgeben der körperlichen Züchtigung, die sich freilich auch durch Kürze und Wohlfeilheit der Vollziehung empfahl, hätte entschließen können. Gegen die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe erhoben sich im

---

7) S. oben S. 76.

8) Nachdem Thomasius, de crimine magiae, Halae 1701, sich mit kräftiger Stimme gegen den Unsinn der Hexenverfolgungen erklärt hatte, konnte schon im Jahre 1714 Weier in seinen Erläuterungen zur peinlichen Gerichtsordnung ad art. 109 schreiben, daß die quaestiones de pacto et concubitu et choreis cum immundis spiritibus institutis heutiges Tages unpractisch seien. S. Henke, Geschichte des peinlichen Rechts, II. Theil, S. 300.

achtzehnten Jahrhundert viele Stimmen [9]), die zwar von der Unrechtmäßigkeit derselben nicht überzeugten, aber doch wenigstens gegen die häufige Anwendung, welche die Gesetze vorschrieben, bedenklich machten. Gegen viele Verbrechen, welche die Gesetze mit Todesstrafe bedrohten, wurde dieselbe im Gerichtsgebrauche gar nicht mehr erkannt [10]), und bei anderen Verbrechen machte der Gerichtsgebrauch die Anwendung der Todesstrafe von Erfordernissen abhängig, die so selten erwiesen werden konnten, daß dieselbe in der Regel nicht angewendet zu werden brauchte [11]). Der Gerichtsgebrauch konnte aber, wie er von den Gesetzen abgewichen war, weil sie der fortgeschrittenen Humanität und Bildung nicht mehr entsprachen, aus demselben Grunde ebenfalls nicht unveränderlich bleiben. Im Allgemeinen wurde er immer gelinder, ohne daß er für die Bestimmung der Strafgrößen eine andere Norm hatte, als ein allgemeines Gefühl, nach welchem dieselben der Größe der Verschuldung angemessen zu sein schienen.

§. 28.

Nothwendigkeit neuer Strafgesetzbücher.

Der Gerichtsgebrauch, der sich in der angegebenen Weise über die Gesetze hinwegsetzte, war, obgleich an und für sich

---

9) Besonders von Beccaria, dei delitti e delle pene, zuerst 1764, welches Werk, mehrfach ins Teutsche übersetzt, eine große Anzahl von Schriften und Abhandlungen veranlaßte. Die Litteratur über Beccaria's Werk s. bei Böhmer, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, S. 193 ff., und bei Kappler, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, S. 109 ff.

10) Z. B. gegen Diebstähle.

11) Z. B. bei Fleischesverbrechen, zu deren Vollendung und voller Strafbarkeit der Gerichtsgebrauch immissio membri et seminis verlangte.

eine Anomalie, doch eine Nothwendigkeit, da von Seiten der Gesetzgebung Nichts geschah, das Strafrecht mit den Anforderungen der fortschreitenden Humanität und Bildung im Einklang zu erhalten. Ein solcher von den Gesetzen abweichender Gerichtsgebrauch hatte aber seine großen Uebelstände. Das richtige Verhältniß zwischen Gesetz und Richter wurde geradezu umgekehrt, indem der Richter, an Statt das Gesetz anzuwenden, den Verbrecher gegen die Härte desselben in Schutz nehmen mußte. Es konnte sich im Volke keine bestimmte Ansicht über die Strafbarkeit der einzelnen Handlungen bilden, und die Straferkenntnisse des Richters mußten wie Willkühr erscheinen. Während es allgemein bekannt war, daß sie im Widerspruch mit den Gesetzen standen, konnte man kein bestimmtes Princip erkennen, auf das sie gegründet gewesen wären. Es kam vor, daß die Erkenntnisse eines und desselben Gerichtes mit einander im Widerspruch standen und bald härter, bald gelinder lauteten, jenachdem es gerade mit Mitgliedern besetzt war, welche mehr oder minder zur Härte oder Milde geneigt waren. Noch mehr wichen die Erkenntnisse verschiedener Gerichte von einander ab, nicht allein bei den Gerichten verschiedener Länder, sondern auch bei den Gerichten eines und desselben Landes. Und dennoch konnten die Abweichungen ihren Grund nicht haben in der Verschiedenheit der Gesetze, die von den verschiedenen Gerichten in Anwendung zu bringen gewesen wären, da es mit Ausnahme einzelner Particulargesetze das gemeine Recht war, welches in den verschiedenen Ländern gleichmäßig angebliche Gültigkeit hatte. Nur in dem Principe stimmten die Gerichte durchgängig miteinander überein, daß sie von den Strafvorschriften des geschriebenen gemeinen Rechtes abweichen und andere Strafen erkennen müßten, welche nach der heutigen Ansicht dem Grade der Verschuldung angemessen seien. Aber eine weitere Uebereinstim-

mung konnte nicht Statt finden, da kein rechtlicher Grund vorhanden war, aus welchem die Erkenntniſſe des einen Gerichtes für ein anderes zur verbindenden Norm hätte werden ſollen. Eigentlich hatte jedes Gericht ſeinen eigenen Gerichtsgebrauch, der zwar möglicher Weiſe, aber nicht nothwendig mit dem Gerichtsgebrauche anderer Gerichte übereinſtimmte. Ueberdieß brauchte ſich ein Gericht nicht für verbunden zu achten, an ſeinem eigenen Gerichtsgebrauche zu halten, da es das Recht haben mußte, denſelben, wie es ihn geſchaffen hatte, wieder zu verändern und abzuſchaffen. Dieſen unverkennbaren Uebelſtänden konnte nur durch neue Geſetzbücher abgeholfen werden, deren Beſtimmungen von den Gerichten angewendet werden konnten, ohne die Rechtsanſichten der Zeit zu verletzen. Nur durch ſolche neue Geſetzbücher, welche ſchon in ſehr vielen teutſchen Staaten erſchienen und mit Zuverläſſigkeit auch für die übrigen zu hoffen ſind, konnte das Princip realiſirt werden, nach welchem ſich die Gerichte für berechtigt gehalten hatten, ſich von den Vorſchriften der Geſetze zu entfernen, daß nämlich das angewendete Strafrecht mit den Anſichten der Zeit in Uebereinſtimmung ſtehen müſſe. Durch die von den Geſetzen abweichende Praxis der Gerichte hatte dieſe Uebereinſtimmung nicht erreicht werden können, da jedes Gericht nur ſeiner eigenen Anſicht folgte, welche nicht nothwendig die herrſchende Anſicht der Zeit zu ſein brauchte. Denn für die herrſchende Rechtsanſicht kann immer nur diejenige gelten, die nach Maßgabe der Rechtsbildung und Erkenntniß, zu welcher man ſich in der Zeit erhoben, die begründetſte iſt; es müſſen daher vorzugsweiſe wiſſenſchaftliche Gründe ſein, welche darüber entſcheiden. Die Wiſſenſchaft aber hatte für die Praxis keine officielle Gültigkeit und war derſelben immer mehr entfremdet worden, je mehr ſie durch das Verbot der Actenverſendung in Criminalſachen mit ihr außer Verbin-

dung gesetzt worden war. Dagegen wurde bei Abfassung der neuen Gesetzbücher überall hauptsächlich die Wissenschaft zu Rathe gezogen und damit den herrschenden Rechtsansichten auch wirkliche Herrschaft in der Rechtspflege verliehen. In der Wissenschaft findet zwar in vielen Puncten noch keine Uebereinstimmung der Ansichten Statt, und in derselben Weise sind auch die neuen Gesetzbücher weit entfernt, in allen Puncten mit einander überein zu stimmen: aber jedes Falles ist durch dieselben größere Gleichförmigkeit des Strafrechtes unter den verschiedenen teutschen Staaten hergestellt worden. Es hat nicht an Stimmen gefehlt, welche unserer Zeit den Beruf zur Gesetzgebung abgesprochen und das Streben nach neuen Gesetzbüchern als eine Verirrung und Laune der Zeit beklagt haben. Aber der Beruf lag in dem Bedürfnisse, und jede Zeit ist fähig, neue Gesetzbücher hervorzubringen, sowie sie das Bedürfniß derselben erkannt hat. Man hat gegen die Zweckmäßigkeit der neuen Gesetzbücher geltend gemacht, daß gegen die erschienenen hinsichtlich der Form sowohl als des Inhaltes begründete Ausstellungen gemacht werden können, daß sich nicht lange nach ihrem Erscheinen schon Aenderungen und Verbesserungen nothwendig gemacht haben, und daß sogar in einzelnen Ländern schon das Bedürfniß nach einer neuen Redaction der neuen Gesetzbücher ausgesprochen worden ist. Aber die Praxis der Gerichte war der Aenderungen und Verbesserungen in noch weit höherem Grade bedürftig und die Erfahrung hat gezeigt, daß sie dieselben ohne die neuen Gesetzbücher nicht erhalten hat. Man hat behauptet, daß durch die neuen Gesetzbücher der Wissenschaft die Möglichkeit abgeschnitten werde, Einfluß auf die Fortbildung des Strafrechtes auszuüben. Aber die Stellung der Wissenschaft hat durch die neuen Gesetzbücher keine andere werden können, als sie vorher gewesen ist. Die Wissenschaft des

positiven Strafrechtes kann als solche niemals die Fortbildung desselben bewirken, sondern nur seine richtige Auslegung und Darstellung zur Aufgabe haben. Wenn die Wissenschaft darüber hinaus gehet und nachweiset, daß eine Bestimmung des positiven Strafrechtes in ihrer fernern Gültigkeit nicht gerechtfertigt werden könne, so ist allerdings nothwendig, daß das auf das positive Strafrecht von Einfluß werde, weil dasselbe sonst in Widerspruch mit der herrschenden Rechtsansicht treten würde: aber die Wissenschaft hört alsdann auf, Wissenschaft des positiven Strafrechtes zu sein und erhält diesen Einfluß durch die Gesetzgebung viel sicherer, als es durch den Gerichtsgebrauch möglich ist. Auch hier hat die Erfahrung gezeigt, daß die Wissenschaft in dem Gerichtsgebrauche nicht immer Eingang gefunden hat, während sie der Abfassung der neuen Gesetzbücher als vorzüglichste Grundlage gedient hat. Wenn die Wissenschaft die Mangelhaftigkeit der gegenwärtigen Gesetzgebungen nachgewiesen haben wird, mag man sich getrost zu Verbesserungen und erforderlichen Falles zu neuen Redactionen derselben entschließen.

System des teutschen Strafrechtes.

Vorbemerkung.

Die Darstellung des Strafprocesses bleibt von dem Plane des Folgenden ausgeschlossen. Das Strafproceßrecht ist zwar ein integrirender Bestandtheil des Strafrechtes, weil das Recht des Staates, zu strafen, nur durch Vermittelung des Strafprocesses ausgeübt werden kann: aber in der wissenschaftlichen Darstellung wird zweckmäßig zwischen Strafrecht und Strafproceßrecht unterschieden [1]). Nach dieser Unterscheidung enthält das Strafrecht die rechtlichen Grundsätze, nach welchen in den verschiedenen Fällen des Verbrechens Strafe erkannt und vollzogen werden muß, während den Gegenstand des Strafproceßrechtes die Rechte und Pflichten bilden, welche dem Staate zur Ermittelung des einzelnen Falles zustehen und obliegen. Im Strafrechte wird der einzelne Fall als bewiesen vorausgesetzt: im Strafproceßrechte werden die Grundsätze aufgestellt, nach welchen derselbe bewiesen werden muß, um auf ihn die Grundsätze des Strafrechtes in Anwendung bringen zu können. Das Strafrecht mit Ausschluß des Strafproceßrechtes kann man Strafrecht im engeren Sinne nennen, im Gegensatze des Strafrechtes

1) Die Frage, über welche die Criminalisten verschiedener Meinung sind, ob der Strafproceß zum Strafrecht oder zum Proceßrechte gehöre, ist eine ziemlich müssige. Vergl. darüber Jordan, im neuen Archiv des C.R. XI. S. 230 ff.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

im weiteren Sinne, nach welchem auch das Strafproceßrecht dazu gerechnet wird.

Die Darstellung des Strafrechtes im engeren Sinne wird nach der hergebrachten Anordnung in einen allgemeinen und einen besonderen Theil zerfallen. Der allgemeine Theil enthält über Verbrechen und deren Bestrafung die allgemeinen Lehren, die sich nicht auf das eine oder andere Verbrechen im Besonderen, sondern gleichmäßig auf alle Verbrechen beziehen. Der besondere Theil behandelt die verschiedenen besonderen Verbrechen, welche in dem teutschen Strafrechte als solche anerkannt und mit Strafe bedroht sind. Der allgemeine Theil verhält sich zu dem besonderen Theile in folgender Weise.

Die Aufgabe der Strafgesetzgebung besteht darin, Verbote für das menschliche Handeln aufzustellen, und die Strafen zu bestimmen, welche den Uebertreter derselben treffen sollen. Nach dem Inhalte dieser Verbote bestimmen sich die verschiedenen besonderen Verbrechen, von welchen der besondere Theil handelt, dessen Inhalt mithin die Darstellung der Merkmale, des Begriffes und der Strafe der verschiedenen besonderen Verbrechen bildet. Es ist aber der nothwendige Wille des Gesetzgebers, daß Strafe nur erkannt werde, wenn sie überhaupt verdient ist, und daß nur diejenige Strafe erkannt werde, welche verdient ist. Der Gesetzgeber muß diesen Willen gehabt haben für alle von ihm erlassenen Verbote, und deßwegen muß derselbe gleichmäßig für alle Verbrechen gelten. Diesen allgemeinen Willen des Gesetzgebers zu erörtern und die Erfordernisse zu zeigen, welche dazu gehören, damit demselben genügt werde, ist die Aufgabe des allgemeinen Theiles. Daraus ergiebt sich, daß die Lehren des allgemeinen Theiles nicht philosophische Lehren, sondern eben so gut Lehren des positiven Rechtes sind, als die Lehren des besonderen Theiles. Denn in beiden Theilen soll der Wille des Gesetzgebers, der eben das posi-

tive Recht ist, dargestellt werden [2]). Es ist allerdings weder nothwendig noch zweckmäßig, daß in der Strafgesetzgebung ein allgemeiner Theil in derselben Weise aufgestellt sei, als er in einem Lehrbuche des Strafrechtes aufgestellt sein muß. Denn die Erfordernisse, welche dazu gehören, daß jenem nothwendigen Willen des Gesetzgebers genügt werde, sind zweifacher Art: die eine Art bezieht sich auf die Gründe, von deren Dasein es abhängt, daß Jemand überhaupt, d. h. ohne Rücksicht auf eine bestimmte wider ihn zu verhängende Strafe bestraft werden könne; die andere Art betrifft die Gründe, nach welchen die im einzelnen Falle zu verhängende Strafe bestimmt werden soll. Hinsichtlich der Erfordernisse der ersten Art thut der Gesetzgeber besser, die Erörterung derselben der Wissenschaft zu überlassen, als sich durch die Aufnahme in das Gesetzbuch der Gefahr auszusetzen, dieselben nicht erschöpfend und richtig auszusprechen. Denn er kann gar nicht den Willen haben, diese Erfordernisse anders aufzustellen, als sie von der Wissenschaft aufgestellt werden können, da von einer gerechten Bestrafung nicht die Rede sein kann, wenn es an den Erfordernissen der Bestrafung überhaupt mangelt [3]). In der That sind in den Quellen des gemeinen Strafrechtes diese Erfordernisse weder vollständig noch in ihrer allgemeinen Beziehung auf alle Ver-

---

2) Daß Feuerbach, Lehrbuch §. 4, Unrecht hatte, den allgemeinen Theil des positiven Strafrechtes als philosophischen Theil dem besonderen Theile als positiven Theile gegenüber zu stellen, und (§. 5) unter die Quellen des gemeinen teutschen Strafrechtes auch die Philosophie des Strafrechtes zu rechnen, ist wohl jetzt allgemein anerkannt. Vergl. Jordan, im neuen Archiv des C.R. XI. S. 217 ff.

3) Ueber die Frage, in wie weit es nothwendig und zweckmäßig sei, allgemeine Sätze über die Anwendung der Strafgesetze gesetzlich aufzustellen, vergl. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, 1841, §. 19.

brechen angegeben, ohne daß die vollständige und allgemeine Gültigkeit derselben für alle Verbrechen bezweifelt werden könnte [4]). Aber die Wissenschaft darf darum nicht für eine selbstständige Quelle des Strafrechtes gelten, indem vielmehr ihre Aufgabe auch hier nur darin besteht, die Willensmeinung des Gesetzgebers zu erörtern und darzustellen. Dagegen darf die Wissenschaft in dem allgemeinen Theil als Willensmeinung des Gesetzgebers hinstellen, was sich aus wissenschaftlichen Gründen als eine Folgerung des in jedem Strafgesetze enthaltenen Willens ergiebt, daß Jemand nur bestraft werden könne, wenn er Strafe verdient hat [5]). Die hierauf bezüglichen Lehren des allgemeinen Theiles haben für den besonderen Theil die Bedeutung, daß von der Bestrafung eines besonderen Verbrechens nicht die Rede sein kann, wenn es an einem der Erfordernisse mangelt, welche dazu gehören, daß Jemand überhaupt bestraft werden kann. Dagegen ist es allerdings nothwendig oder wenigstens zweckmäßig, daß der Gesetzgeber sich in einem allgemeinen Theile über die Gründe ausspreche, nach welchen die gegen den Einzelnen zu verhängende Strafe bestimmt werden soll. Die Bestimmung der Strafen, mit welchen die verschiedenen besonderen Verbrechen belegt werden sollen, gehört zwar dem

4) Vergl. Abegg, Lehrbuch §. 33.

5) Es ist deßwegen nicht ganz richtig, wenn sich die Neueren, z. B. Marezoll, das gemeine teutsche Criminalrecht, 1842, §. 2, dahin ausdrücken, daß das positive Recht, wenn in ihm ein allgemeiner Theil in der angegebenen Beziehung nicht aufgestellt ist, lückenhaft sei, und daß es einer Ergänzung dieser Lücken durch philosophische Grundsätze oder durch die Wissenschaft bedürfe. Eine Ergänzung durch philosophische Grundsätze würde immer auf die Feuerbach'sche Ansicht hinauslaufen, daß der allgemeine Theil in soweit philosophisch sei, und es kann nicht für eine Lücke angesehen werden, wenn aus der Gesetzgebung hinweggelassen wird, was besser nicht in dieselbe aufgenommen worden wäre.

besonderen Theile der Gesetzgebung an und muß auch in der Wissenschaft in dem besonderen Theile dargestellt werden: aber die verschiedenen besonderen Verbrechen können auf so verschiedene Weise und unter so verschiedenen Umständen begangen werden, daß dem Gesetzgeber nicht bei jeder Uebertretung gleiche Strafe verdient erscheinen kann. Da solche Modificationen bei allen besonderen Verbrechen vorkommen können, thut der Gesetzgeber besser, sich über den Einfluß, den er denselben auf die Bestimmung der Strafe zugestehen will, in einem allgemeinen Theile zu erklären, an Statt bei jedem Verbrechen besonders Bestimmungen darüber zu treffen. Jedes Falles muß in der wissenschaftlichen Darstellung des Strafrechtes in dem allgemeinen Theile gezeigt werden, nach welchen Gründen der Gesetzgeber die Strafe für die verschiedenen Weisen und Umstände, in und unter welchen ein Verbrechen begangen werden kann, bestimmt haben wolle.

Der allgemeine Theil wird in folgende sechs Abschnitte zerfallen, deren Nothwendigkeit und Stellung in der Darstellung selbst gerechtfertigt werden wird.

Erster Abschnitt: Von den Quellen und der Wissenschaft des teutschen Strafrechtes.

Zweiter Abschnitt: Von dem Verbrechen.

Dritter Abschnitt: Von dem Verbrecher.

Vierter Abschnitt: Von der Strafe.

Fünfter Abschnitt: Von der Zuerkennung der Strafe.

Sechster Abschnitt: Von der Vollziehung der Strafe.

Die Anordnung des besonderen Theiles wird vor dem Beginne desselben angegeben werden, da die Rechtfertigung dieser Anordnung auf Gründen beruht, die erst im allgemeinen Theile zur Sprache kommen können.

Allgemeiner Theil.

Allgemeine Lehren, die sich auf alle Verbrechen beziehen.

Erster Abschnitt.

Von den Quellen und der Wissenschaft des teutschen Strafrechtes [1]).

Erstes Capitel.

Unterschied zwischen gemeinem und particularem Strafrechte und gegenseitige Bedeutung beider für einander.

§. 1.

Unterschied zwischen gemeinem und particularem Strafrechte.

Die teutschen Staaten können gegenwärtig nach den in ihnen gültigen Strafrechtsquellen in zwei Classen unterschieden werden. Die eine Classe bilden die Staaten, die sich

---

1) Die Angabe der Quellen des Strafrechtes muß ihre Stelle innerhalb des Systemes erhalten. Gewöhnlich wird diese Angabe in den Lehrbüchern in die Einleitung verwiesen. Wenn aber überhaupt in dem allgemeinen Theile alle Erfordernisse erörtert werden müssen, welche dazu gehören, damit von Verbrechen und Strafe die Rede sein könne, muß die Angabe der in Teutschland gültigen Strafrechtsquellen den ersten Abschnitt des allgemeinen Theiles bilden. Denn es kann nur aus diesen Quellen entschieden werden, welche Handlungen in Teutschland als Verbrechen angesehen werden müssen. In die Einleitung zu einer wissenschaftlichen Darstellung gehören nur Vorkenntnisse, welche die Auffassung des darzustellenden Gegenstandes vorbereiten und erleichtern, nicht aber die Erfordernisse, welche ein so nothwendiges Merkmal desselben bilden, daß er ohne sie gar nicht vorhanden sein würde. In vielen

noch des sogenannten gemeinen Strafrechtes bedienen. Der anderen Classe gehören die Staaten an, in welchen neue Strafgesetzbücher erschienen sind. Gemeines Strafrecht ist dasjenige, welches nicht auf besonderer Particulargesetzgebung beruht, sondern aus Quellen hergeleitet wird, denen in der Weise gemeine subsidiare Gültigkeit zugeschrieben wird, daß sie überall in Teutschland gelten, soweit ihnen nicht Particulargesetze entgegenstehen. Die geschriebenen Quellen des gemeinen Strafrechtes sind das römische Recht, das canonische Recht und teutsche Reichsgesetze. Diesen Quellen wurde zur Zeit des teutschen Reiches gemeinrechtliche Gültigkeit zugeschrieben, weil sie entweder von der gesetzgebenden Gewalt des teutschen Reiches ausdrücklich ausgegangen, oder wenigstens von derselben als gültig anerkannt waren. Die Auflösung des teutschen Reiches hat an und für sich auf die Gültigkeit dieser Quellen keinen Einfluß haben können, weil die Dauer der Gültigkeit eines Gesetzes überhaupt nicht davon abhängen kann, daß die Gewalt noch fortbesteht, von welcher es ausgegangen oder zuerst als gültig anerkannt war [2]).

Lehrbüchern wird an der Spitze des Systemes von dem Strafgesetze gehandelt, was in sofern allerdings richtig ist, als ohne Strafgesetz von Verbrechen und Strafe nicht die Rede sein kann. Statt der Angabe der teutschen Strafgesetze werden aber unter dieser Rubrik in den Lehrbüchern gewöhnlich andere Lehren erörtert, welche logischer Weise ihre Stelle erst später im Systeme erhalten können. Die nähere Nachweisung kann erst weiter unten an den Stellen erfolgen, welche diese Lehren einnehmen müssen. Um nur ein Beispiel anzuführen, so werden unter der Rubrik „von dem Strafgesetze" gewöhnlich auch die Fragen erörtert, in wieweit Strafgesetze auf Verbrechen, welche vor der Publication derselben oder welche im Auslande verübt wurden, bezogen werden können. Die Logik verlangt aber, daß diese Fragen erst nach der Lehre von dem Verbrechen zur Sprache gebracht werden.

2) Der Grund der fortdauernden Gültigkeit liegt in der fortwährenden Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt, welcher das Recht

Ungeachtet sich noch gegenwärtig ein großer Theil der teutschen Staaten des gemeinen Rechtes bedient, ist doch die Gemeinheit des Rechtes hinsichtlich der Strafen, welche gegen die einzelnen Verbrechen erkannt werden, mehr dem Namen als der Wirklichkeit nach zwischen ihnen vorhanden [3]).

---

zusteht, die von der anderen Staatsgewalt ausgegangenen Gesetze aufzuheben. Dieser Grund war schon zur Zeit des Reiches der eigentliche, aus welchem die Reichsgesetze in den einzelnen Ländern Gültigkeit hatten, da die Landesherren das Recht der eigenen Gesetzgebung, soweit es nicht gegen die Fundamentalgesetze des Reiches ging, behaupteten und demgemäß, wie auch vielfach geschehen ist, eigene von den gemeinrechtlichen abweichende Strafgesetze erlassen konnten. Früher wurde wohl hin und wieder die Frage aufgeworfen, ob nicht durch die Rheinbundesacte vom 12. Juli 1806, Art. 2, wo alle Gesetze des teutschen Reiches ohne Einschränkung für nichtig und wirkungslos erklärt werden, die Gültigkeit des gemeinen Strafrechtes, wie auch des Privatrechtes aufgehoben worden sei. Allein schon das praktische Bedürfniß nöthigte zu einer Restrictivinterpretation dieses Gesetzes auf Reichsverfassungsgesetze im eigentlichen Sinne, da es an strafrechtlichen und privatrechtlichen Gesetzen fehlte, welche an die Stelle derselben hätten treten können. Vergl. Tittmann, Vorrede zum dritten Bande seines Handbuches der Strafrechtswissenschaft, 1. Aufl. 1809.

3) Das gemeine Strafrecht hat dermalen noch in folgenden teutschen Ländern subsidiäre Gültigkeit: 1) Im Preussischen in dem früher schwedischen Antheile von Pommern nebst der Insel Rügen, und in dem ostrheinischen Theile des Regierungsbezirkes Coblenz; 2) im Großherzogthum Baden; 3) in den Großherzogthümern Mecklenburg-Schwerin und Strelitz; 4) im Kurfürstenthume Hessen; 5) in dem Herzogthume Sachsen-Meiningen; 6) in dem Herzogthume Sachsen-Coburg-Gotha; 7) in dem Herzogthume Nassau; 8) in den Herzogthümern Holstein und Lauenburg; 9) in den Herzogthümern Anhalt-Köthen, Bernburg und Dessau; 10) in den Fürstenthümern Reuß älterer und jüngerer Linie; 11) in den Fürstenthümern Schwarzburg-Rudolstadt und Sondershausen; 12) in den Fürstenthümern Hohenzollern-Hechingen und Siegmaringen; 13) in den Fürstenthümern Lippe und Schaumburg-Lippe; 14) im Fürstenthume Liechtenstein; 15) im Fürstenthume Waldeck; 16) in den vier freien Städten.

Daran ist weniger der Umstand schuld, daß in den einzelnen Ländern einzelne Particulargesetze erschienen sind, durch welche an dem gemeinen Rechte Zusätze und Veränderungen gemacht wurden, als vielmehr der Gerichtsgebrauch, der darin überall einig war, sich von den Strafbestimmungen des geschriebenen Rechtes zu entfernen. Jene Particulargesetze bezogen sich bis gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts nur auf Einzelnheiten, und hätten im Uebrigen die Gemeinheit des Rechtes nicht aufheben können: aber der Gerichtsgebrauch änderte durchgreifend an dem in den geschriebenen Gesetzen vorgeschriebenen Strafsysteme, indem er viele Strafen desselben gänzlich abschaffte, und an die Stelle derselben andere Strafen setzen mußte. Es ist schon bemerkt worden, daß das in den einzelnen Ländern nicht in übereinstimmender Weise geschehen konnte [4]).

Den Ländern, in welchen das gemeine Strafrecht noch gilt, stehen in Ansehung der in ihnen gültigen Strafrechtsquellen die Länder gegenüber, in welchen neue umfassende Strafgesetzbücher erschienen sind. Einzelne particuläre Strafgesetze, die in allen teutschen Staaten in größerer oder geringerer Anzahl erschienen sind, konnten die Gültigkeit des gemeinen Rechtes nicht weiter aufheben, als in den einzelnen Puncten, auf welche sie sich bezogen [5]): aber in neuerer Zeit sind in vielen teutschen Ländern umfassende Strafgesetzbücher erschienen, durch welche das gemeine Strafrecht gänzlich außer Gültigkeit gesetzt worden ist [6]).

---

4) S. §. 28 der Einleitung.

5) Ueber die einzelnen Particulargesetze, welche in den verschiedenen teutschen Ländern erschienen sind, vergl. Kappler, Litteratur des Criminalrechts, S. 44 ff. und Heffter, Lehrbuch §. 16.

6) Die Länder, in welchen bis jetzt neue Gesetzbücher erschienen sind, ergeben sich aus dem Note 3 gegebenen Verzeichnisse der Länder, in denen noch das gemeine Recht gilt.

Dennoch hat das gemeine Strafrecht ſowohl für die Länder der einen als für die der anderen Claſſe noch große Bedeutung.

§. 2.

Bedeutung des gemeinen Strafrechtes.

Die gegenwärtige Bedeutung des gemeinen Strafrechtes iſt eine verſchiedene je nach der Verſchiedenheit der in den einzelnen Ländern gültigen Rechtsquellen.

1) In den Ländern, in welchen keine neuen Strafgeſetzbücher erſchienen ſind, hat es noch unmittelbare ſubſidiare Gültigkeit. Soweit in dieſen Ländern nicht beſondere, auf einzelne Verbrechen bezügliche Landesgeſetze vorhanden ſind, iſt es unmittelbare Quelle für die richterlichen Entſcheidungen. Aber man würde eine unbeſtreitbare geſchichtliche Thatſache unberückſichtigt laſſen, wenn man gegenwärtig für alle in den gemeinrechtlichen Geſetzen enthaltenen Strafvorſchriften, die nicht durch Particulargeſetze aufgehoben worden ſind, Gültigkeit behaupten wollte. Die Strafvorſchriften des gemeinen Rechtes, welche die Art und Größe der gegen die einzelnen Verbrechen zu erkennenden Strafe beſtimmen, ſind vielmehr überall in Teutſchland durch milderen Gerichtsgebrauch aufgehoben worden [1]). Dagegen hat das gemeine Recht in dieſen Ländern noch Gültigkeit in Anſehung der Frage, welche Handlungen überhaupt verboten und als Verbrechen anzuſehen ſeien. Denn der Gerichtsgebrauch hat nur zeitgemäße mildere Strafen einführen, aber nicht verbotene Handlungen zu erlaubten machen können [2]). Ebenſo iſt das ge-

1) S. oben S. 91.

2) Einzelne Handlungen, die in den gemeinrechtlichen Geſetzen als Verbrechen aufgeführt ſind, werden zwar heutiges Tages nicht mehr für Verbrechen gehalten, z. B. Hexerei und Zauberei; allein der Grund liegt nicht darin, daß dieſe Handlungen gegenwärtig für erlaubte gelten,

meine Recht noch vollkommen gültig für das gegenseitige Verhältniß, in welchem sowohl die verschiedenen Weisen, in welchen einem Verbote zuwider gehandelt werden kann, als auch die Uebertretungen der verschiedenen Verbote oder die verschiedenen Verbrechen strafbar sind. Denn durch den durchgehends milderen Strafmaßstab, welchen der Gerichtsgebrauch aufstellte, hat nicht aufgehoben werden können, daß die eine Handlung nach den gemeinrechtlichen Gesetzen minder strafbar ist als die andere, und daß sie nach demselben Verhältnisse auch noch gegenwärtig als minder strafbar angesehen werden muß. Deßwegen können auch in der heutigen Darstellung des gemeinen Rechtes die Strafen, welche in den gemeinrechtlichen Gesetzen für die einzelnen Verbrechen vorgeschrieben sind, nicht übergangen werden [3]).

2) In den Ländern, in welchen neue Strafgesetzbücher erschienen sind, ist die unmittelbare Gültigkeit des gemeinen Strafrechtes gänzlich aufgehoben worden. Dennoch ist dasselbe für diese Länder fortwährend von der größten Bedeutung, zwar nicht als positives Recht, auf welches eine richterliche Entscheidung gegründet werden könnte, aber als Wissenschaft und als unentbehrliches Hülfsmittel für die richtige Auslegung der neuen Gesetzbücher. Diese Bedeutung kann sich jedoch nicht auf die Art und Größe der zuzuerkennenden Strafe beziehen, da in dieser Hinsicht das gemeine Strafrecht nicht ein Mal mehr Gültigkeit hat in den Ländern, in welchen keine neuen Strafgesetzbücher erschienen sind, sondern nur auf die Bestimmung der Handlungen, welche als Verbrechen angesehen werden müssen. Es ist nicht anders möglich, als daß in dieser Beziehung das gemeine Recht in den

---

sondern nur darin, daß nicht mehr an die Möglichkeit derselben geglaubt wird.

3) Vergl. Marezoll, das gemeine teutsche Criminalrecht, §. 38.

neueren Geſetzbüchern im Weſentlichen wieder enthalten ſein muß. Denn wie jedes poſitive Strafrecht nur ein Ausfluß der ſittlichen und rechtlichen Anſicht ſein kann, die ſich im Volke gebildet hat über die Frage, welche Handlungen verboten ſein und als Verbrechen angeſehen werden müſſen, ſo kann auch ein neues Geſetzbuch in dieſer Beziehung nur unter der Vorausſetzung neue Grundſätze aufſtellen, daß die Volksanſicht in Widerſpruch getreten iſt mit den in dem bisherigen Rechte darüber enthaltenen Beſtimmungen. Ein ſolcher Widerſpruch iſt aber nicht die Urſache geweſen, aus welcher die neuen Geſetzbücher nothwendig geworden ſind [4]). Im Allgemeinen ſind die Handlungen, welche nach dem gemeinen Rechte ſtrafbar ſind, auch nach den neueren Geſetzbüchern ſtrafbar, ſowie umgekehrt die neueren Geſetzbücher im Allgemeinen keine Handlung mit Strafe bedrohen, die nicht auch in dem gemeinen Rechte mit Strafe bedroht wäre [5]). Daraus folgt zwar nicht, daß der Richter in einem Lande, in welchem ein neues Geſetzbuch erſchienen iſt, das Recht habe, nach dem gemeinen Rechte zu entſcheiden, welche Handlungen er als Verbrechen beſtrafen ſolle; aber weil die in den neuen Geſetzbüchern darüber enthaltenen Beſtimmungen aus dem gemeinen Rechte hervorgegangen ſind, kann es ihm nur durch Vermittelung des gemeinen Rechtes möglich werden, den wahren Sinn derſelben zu faſſen. Selbſt wo in den neuen Geſetzbüchern einzelne Verbrechen von einem anderen Geſichtspuncte aus aufgefaßt ſind, als in dem gemei-

4) S. oben §. 28.

5) Gegen einzelne Handlungen, die in den neuen Geſetzbüchern mit Strafe bedroht ſind, giebt es zwar in dem gemeinen Rechte kein Strafgeſetz, z. B. gegen Duell und manche Fälle von Geſundheitsverletzungen und Sachbeſchädigungen: allein dieſer Handlungen ſind ſehr wenige, und überdieß hat die gemeinrechtliche Praxis auch oftmals nicht ermangelt, Strafen gegen dieſelben zu verhängen.

nen Rechte, wird die neue Bestimmung nur durch Vermittelung der älteren Bestimmung, von welcher abgewichen werden sollte, vollkommen verstanden werden können. Diese Bedeutung des gemeinen Strafrechtes für die neuen Gesetzbücher kann nicht verkannt werden, wenn man erwägt, daß es für den Gesetzgeber äußerst schwierig, vielleicht unmöglich ist, seine wirkliche Willensmeinung in so unzweifelhafte Worte einzukleiden, daß nicht nach der bloß wörtlichen Auslegung Handlungen unter einer Strafbestimmung begriffen werden könnten, die er nicht mit darunter begriffen haben wollte, oder daß umgekehrt seine Strafbestimmung auf Handlungen nicht bezogen werden könnte, auf welche er dieselbe auch bezogen haben wollte [6]). Dem gemeinen Strafrechte läßt sich zwar in dieser Beziehung kein Vorzug vor den neueren Gesetzbüchern nachrühmen: aber es hat vor denselben voraus, daß an seiner richtigen Auslegung und Anwendung Theorie und Praxis viele Jahre hindurch gearbeitet haben. Daher muß die Wissenschaft des gemeinen Strafrechtes, welche den wahren Sinn der in demselben enthaltenen Strafbestimmungen lehrt, auch für die richtige Auffassung der neuen Strafgesetzbücher ein unentbehrliches Hülfsmittel bleiben [7]).

§. 3.

Bedeutung der neuen Strafgesetzbücher für das gemeine Strafrecht.

In einer anderen Beziehung sind die neuen Strafgesetzbücher für das gemeine Strafrecht von großer Bedeutung,

---

6) Vergl. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, 1. Beitrag, S. 160 ff.

7) Die bekannte Regel, daß Land- und Stadtrechte ex jure communi zu interpretiren seien, muß für die neuen Strafgesetzbücher ohne Einschränkung gelten, da sie sämmtlich aus dem gemeinen Rechte hervorgegangen und mit Rücksicht auf dasselbe verfaßt sind.

für die Bestimmung der Strafen nämlich, welche gegen die einzelnen Verbrechen erkannt werden müssen. Es ist Thatsache, daß die in den gemeinrechtlichen Gesetzen darüber enthaltenen Bestimmungen durch übereinstimmenden Gerichtsgebrauch außer Gültigkeit gesetzt worden sind. Daneben ist es aber auch Thatsache, daß dieser Gerichtsgebrauch bloß in dieser negativen Hinsicht ein sicherer und übereinstimmender ist, nicht in positiver Hinsicht, indem die Praxis der Gerichte keinesweges gleichförmig ist in Ansehung der Strafen, welche an die Stelle der in gemeinrechtlichen Gesetzen vorgeschriebenen Strafen gesetzt werden sollen. Einiger Maßen übereinstimmend ist der Gerichtsgebrauch nur hinsichtlich der Strafarten, indem einzelne der in den gemeinrechtlichen Gesetzen vorgeschriebenen Strafarten, namentlich die verstümmelnden Strafen gar nicht mehr im Gebrauche sind und im Allgemeinen die nämlichen Strafarten überall in Teutschland angewendet werden. Dagegen finden die größten Schwankungen darüber Statt, welche Strafen auf die einzelnen Verbrechen in Anwendung zu bringen seien, namentlich bei den Strafarten, die ihrer Natur nach in größerem oder geringerem Maße zugefügt werden können. Von der Todesstrafe, bei welcher ihrer Natur nach von einem verschiedenen Maße nicht die Rede sein kann [1]), läßt sich allerdings zugeben, daß ihre Anwendung durch übereinstimmenden Gerichtsgebrauch auf wenig Fälle beschränkt worden sei, und vielleicht auch, daß sie bei einzelnen wenigen Verbrechen nach übereinstimmendem Gerichtsgebrauche noch regelmäßig erkannt werde: aber bei allen Arten der Freiheitsstrafe giebt der Gerichtsgebrauch keinen sicheren Anhaltepunct, um die längere oder kürzere

1) Denn die verschiedenen Weisen, in welchen die Todesstrafe vollzogen werden kann, begründen keine Verschiedenheit des Maßes, da bei allen der Bestrafte gleichmäßig um das Leben gebracht wird.

Dauer derselben zu bestimmen. In der That ist ein Gericht, welches nach gemeinem Rechte eine Freiheitsstrafe von bestimmter Dauer erkannt hat, nicht im Stande, einen anderen Grund als die subjective Ansicht seiner Mitglieder dafür anzugeben, daß es die Dauer nicht auf einige Jahre mehr oder weniger bestimmt hat. Diese subjective Ansicht ist aber eine Entscheidungsquelle von sehr zweifelhaftem Werthe, weil das Wesen der rechtlichen Entscheidung gerade darin besteht, ihren Grund nicht in der subjectiven Ansicht des Einzelnen zu haben, sondern in der objectiven Ansicht des Gesammtwillens, der in dem positiven Rechte enthalten ist. Eine vollständige Abhülfe dieses unverkennbaren Uebelstandes kann zwar nur von neuen Gesetzbüchern kommen: in Ermangelung derselben findet aber der Richter, der noch nach gemeinem Rechte eine Strafe auszusprechen hat, in den für andere Staaten gegebenen neuen Gesetzbüchern einen besseren Anhaltepunct, als ihm in den Angaben der Schriftsteller über den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch geboten wird [2]). In diesen Gesetzbüchern sind sowohl hinsichtlich der Strafart als

---

2) Manche neuere Schriftsteller, z. B. Martin und in der Regel auch Feuerbach in ihren Lehrbüchern, lassen sich gar nicht auf den Gerichtsgebrauch ein, indem sie sich darauf beschränken, die in den Gesetzen angedrohte Strafe anzugeben. Aber für ein Lehrbuch des heutigen Strafrechtes kann das offenbar nicht ausreichen. Um sich aber von der Unbrauchbarkeit der Angaben über den angeblichen gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch zu überzeugen, braucht man nur zu vergleichen, was von den verschiedenen Schriftstellern darüber vorgetragen wird; z. B. bei dem Todtschlage behauptet Hefftter, Lehrbuch §. 242, daß die in der Carolina angedrohte Schwertstrafe jetzt noch im Gebrauche sei, was auch Wächter, Lehrbuch §. 105, Note 33, wenigstens in Beziehung auf die neuere Würtembergische Praxis bestätigt; dagegen behaupten Tittmann, Handbuch (1. Auflage) §. 195 und Henke, Handbuch, Theil II. S. 88, daß nach Gerichtsgebrauch nur noch bei dem Dasein besonderer Schärfungsgründe Todesstrafe, sonst aber lebenslängliche oder

der Strafgröße bestimmte Ansätze aufgestellt, ohne darum dem richterlichen Ermessen dem nothwendigen Spielraum abzuschneiden, um die verschiedenen Modificationen eines Verbrechens, welche der Gesetzgeber bei Bestimmung der Strafe berücksichtigt haben wollte, berücksichtigen zu können [3]). Diese Strafansätze drücken für das einzelne Land die herrschende objective Ansicht aus über die Art und Größe, in welcher das einzelne Verbrechen bestraft werden muß, weil sie hervorgegangen sind aus einer sorgfältigen und sachverständigen Erwägung der Strafwürdigkeit der einzelnen verbrecherischen Handlungen. Gesetzliche Gültigkeit können sie zwar nur haben in den Ländern, in deren Gesetzbüchern sie stehen: aber sie haben in diesen Ländern nur darum gesetzliche Gültigkeit erhalten, weil sie für die richtigen gehalten worden sind. Gerade darum können sie aber auch in den Ländern, welche

---

auch mehrjährige Zuchthausstrafe in Anwendung gebracht werde, und Tittmann a. a. O. Note b. führt zwei Urtheile der Tübinger Facultät aus dem Anfange dieses Jahrhunderts an, in welchen auf sechsjährige und achtjährige Zuchthausstrafe erkannt worden ist. Vom Kindermorde behauptet Tittmann §. 213, daß in Ermangelung erschwerender Umstände fünf- bis zehnjährige Zuchthausstrafe eintrete, und Henke, Theil II. S. 102, daß der Gerichtsgebrauch an die Stelle des von der Carolina vorgeschriebenen Ertränkens früher die Schwertstrafe, später eine Freiheitsstrafe gesetzt habe; dagegen behauptet Wächter, §. 171, Note 55, daß die neuere Praxis in Ermangelung besonderer Milderungsgründe nicht unter die Schwertstrafe heruntergehe. Aehnliche Schwankungen in den Angaben über den Gerichtsgebrauch könnten fast bei allen anderen Verbrechen angeführt werden.

3) Die meisten Strafgesetze in den neuen Gesetzbüchern sind sogenannte relativ unbestimmte Strafgesetze, welche ein Maximum und ein Minimum der Strafe angeben, damit der Richter innerhalb dieser Gränzen die Strafe für den einzelnen Fall bestimmen könne. Aber er darf, um sich bei der Ausmessung der Strafe der einen oder der anderen Gränze zu nähern, nur solche Gründe berücksichtigen, deren Berücksichtigung von dem Gesetze selbst vorgeschrieben wird.

noch solcher Strafansätze entbehren, zu Grunde gelegt werden. Denn auch in diesen Ländern sollen die Strafen nach der herrschenden Ansicht bestimmt werden, und die Schwierigkeit liegt nur darin, daß kein Gericht durch seine Praxis eine Ansicht aufzustellen vermag, welche von ihm selbst und von anderen als die herrschende anerkannt zu werden braucht. Die Länder, in welchen neue Gesetzbücher erschienen sind, haben mit den Ländern, in welchen noch das gemeine Recht gilt, früher ein gemeinsames Recht gehabt; die neuen Gesetzbücher sind hervorgegangen aus der gemeinrechtlichen Rechtsbildung, die man zur Zeit ihrer Abfassung gewonnen hatte. Sie können deßwegen angesehen werden als die Fortbildung, die man dem gemeinen Rechte in den einzelnen Ländern zu geben für nothwendig gefunden hat. In der Verschiedenheit der Geschichte, der Nationalität und des Charakters liegt kein Grund, aus welchem diese Fortbildung in dem einen teutschen Lande anders hätte ausfallen müssen als in dem anderen, und aus welchem die Fortbildung, welche man dem gemeinen Rechte in dem einen Lande gegeben, nicht auch in einem anderen angenommen werden könnte [4]). Zu läugnen ist freilich nicht, daß die neuen Gesetzbücher in ihren Strafbestimmungen häufig von einander abweichen, da sie zu verschiedenen Zeiten entstanden sind, und es auch nicht anders möglich war, als daß sich bei ihrer Abfassung individuelle Ansichten ihrer Verfasser geltend gemacht haben. Die Benutzung derselben kann deßwegen dem Richter, der nach gemeinem Rechte sprechen soll, keinen so festen Anhaltepunct geben, als es zu wünschen ist. Aber keines Falles sind die Verschiedenheiten, durch welche die neueren Gesetzbücher, zu-

4) Haben doch auch einzelne Staaten die Gesetzgebung eines anderen Staates im Ganzen zu der ihrigen gemacht, z. B. Oldenburg die Baierische, Weimar und Altenburg die königlich Sächsische.

mal diejenigen, die seit dem letzten Jahrzehnt entstanden sind, von einander abweichen, so groß als die Schwankungen, welche in der Praxis der Gerichte Statt finden, die noch nach gemeinem Rechte zu sprechen haben. Und jedes Falles kann eine Strafbestimmung, welche der Strafe gleich kommt oder wenigstens sich nähert, die nach einem oder mehreren der neuen Gesetzbücher hätte erkannt werden müssen, im Sinne des gemeinen Rechtes damit gerechtfertigt werden, daß sie von den Gerichten anderer Länder, die ebenfalls historisch auf dem Boden des gemeinen Rechtes stehen, auch hätte erkannt werden müssen.

Zweites Capitel.

Von den Quellen des teutschen Strafrechtes im Einzelnen.

§. 4.

Das Römische Recht.

Das justinianische Recht ist auch in Ansehung des Strafrechtes in Teutschland recipirt worden. Es hat neben den anderen in Teutschland gültigen Rechtsquellen in demselben Verhältnisse Gültigkeit, als bei dem Privatrechte [1]). Die strafrechtlichen Bestimmungen haben in den justinianischen Rechtsbüchern eine eigenthümliche Form und Anordnung. Ausschließlich dem Strafrechte gewidmet sind in den Pandecten das 47. und 48. Buch, die schon von Justinian terribiles libri genannt werden [2]), in dem Codex das 9. Buch, und in den Institutionen der 1. 2. 3. 4. 5. und 18. Titel des 4. Buches, während sich außerdem noch an anderen Stellen des corpus juris strafrechtliche Bestimmungen zerstreut

1) Wächter, Lehrbuch §. 10. Note 34.

2) L. 2. §. 8. C. de vetere jure enucl. I. 17.

finden. Ein sogenannter allgemeiner Theil, in welchem allgemeine, auf alle Verbrechen zu beziehende Grundsätze aufgestellt wären, ist in der justinianischen Compilation nicht zu finden [3]). Die Titel in den Pandecten und in dem Codex, in welchen von den einzelnen Verbrechen gehandelt wird [4]), sind zweifacher Art, wie schon aus der verschiedenen Art hervorgeht, in welcher sie überschrieben sind [5]). Ein Theil derselben bezieht sich auf ältere, meistens von Sulla, oder Cäsar, oder Augustus herrührende Strafgesetze, und enthält in den einzelnen Stellen die Beschreibung der Fälle und Handlungen, die entweder nach der Interpretation der Juristen oder nach späteren Senatusconsulten oder kaiserlichen Constitutionen unter diese Gesetze subsumirt und nach denselben beurtheilt werden müssen [6]). Dabei lassen sich die ver-

---

3) Einzelnes dem allgemeinen Theile Angehörige kommt allerdings hin und wieder vor, namentlich in den Titeln de accusationibus, XLVIII. 2, de poenis, XLVIII. 19, de regulis juris, L. 17. Vergl. Abegg, Lehrbuch §. 33.

4) Ein Theil der in diesen Büchern befindlichen Titel enthält hauptsächlich Processualisches, namentlich die drei ersten und die neun letzten Titel des 48. Buches.

5) Sie sind überschrieben entweder nach einem früheren Strafgesetze, z. B. ad legem Juliam majestatis, XLVIII. 4, de lege Cornelia de falsis, XLVIII. 10, oder nach dem Verbrechen, von welchem darin gehandelt wird, z. B. de furtis, XLVII. 2, de injuriis, XLVII. 10. Eine allgemeinere Rubrik hat der Titel de extraordinariis criminibus, XLVII. 11, in welchem von mehreren verschiedenartigen Verbrechen die Rede ist.

6) Die einzelnen Gesetze sind die lex Julia majestatis (von Cäsar, vergl. Diek, historische Versuche über das Criminalrecht der Römer, 1822, S. 90 ff.), die leges Juliae de adulteriis, de vi publica, de vi privata, die lex Cornelia de sicariis et veneficis, die lex Pompeja de parricidiis, die lex Cornelia de falsis, die leges Juliae repetundarum, de annona, peculatus et de sacrilegiis et de residuis, ambitus und die lex Fabia de plagiariis. Vergl. über diese Gesetze

schiedenen unter ein Strafgesetz gehörigen Handlungen keineswegs immer unter den Begriff und die Benennung eines Verbrechens subsumiren, indem vielmehr oftmals in dem nämlichen Strafgesetze von ganz verschiedenartigen Verbrechen die Rede ist [7]). In den Titeln der anderen Art werden dagegen nicht solche ältere Strafgesetze in der angegebenen Weise behandelt, sondern bestimmte Verbrechensbegriffe angenommen und aufgestellt, und die einzelnen Stellen in diesen Titeln beschäftigen sich mit der Erörterung und Zerlegung dieser Begriffe, um die einzelnen Fälle zu bestimmen, die unter dieselben gehören. In den Pandecten sind diese beiden Arten der Titel auch in der äußeren Stellung auseinander gehalten, indem die Titel der letzten Art in dem 47., die der ersten Art in dem 48. Buche stehen. Diese Verschiedenheit hat ihren Grund in der eigenthümlichen Entwickelung der römischen Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege. Ein vollständiges Strafgesetzbuch, welches sich auf alle strafbaren Handlungen erstreckt hätte, ist zu keiner Zeit des römischen Staates erschienen. Am Ende der Republik und am Anfange des Kaiserreiches hatte man eine Reihe einzelner Strafgesetze, in welchen die Handlungen, die nach denselben bestraft werden sollten, im Einzelnen angegeben waren. Diese Strafgesetze wurden leges judiciorum publicorum genannt, weil die in ihnen bedrohten Handlungen zur Competenz der ordentlichen Criminalgerichte (judicia publica, perpetuae

---

Heineccius, antiquit. roman. syntagma, lib. IV. tit. 18, und Zachariä, L. Cornelius Sulla, 1834, S. 128 ff. und Abtheilung 2, S. 37 ff.

7) Z. B. nach der lex Julia de vi publica wurde bestraft, wer in seiner Behausung auf unerlaubte Weise Waffen aufhäuft, wer Leute zusammenruft, um Jemanden zu mißhandeln, wer bei einer Feuersbrunst entwendete, wer mit Gewalt Jemanden zur Unzucht gebraucht. T. T. D. ad leg. Jul. de vi publica, XLVIII. 6.

quaestiones) gehörten [8]). Handlungen, die nicht unter ein solches Strafgesetz gezogen werden konnten, waren ursprünglich gar nicht strafbar, oder höchstens als Privatdelicte, die nur mit einer dem Verletzten zu bezahlenden Geldstrafe gebüßt wurden. Aber in jenen Strafgesetzen zusammengenommen war keinesweges die Gesammtheit der Handlungen mit Strafe bedroht, deren Strafwürdigkeit in einem nur einiger Maßen durchgebildeten Staate nicht verkannt werden kann, und auch in der justinianischen Gesetzgebung anerkannt ist [9]). Um solche Handlungen dennoch bestrafen zu können, wurde in der Kaiserzeit den mit der Criminaljurisdiction bekleideten Beamten das allerdings gefährliche und nach unseren Begriffen mit einer geordneten Staatseinrichtung unverträgliche Recht zugesprochen, extra ordinem (sc. judiciorum publicorum) über dieselben zu erkennen und die Strafe auszusprechen, die verdient schien [10]), da in Ermangelung eines eigentlichen Strafgesetzes auch keine quaestio perpetua für

---

8) Die ordentlichen Criminalgerichte, die ursprünglich wirkliche judicia publica, d. h. Volksgerichte waren, bestanden in den quaestiones perpetuae, von welchen für jedes einzelne Strafgesetz eine besondere eingesetzt war. Vergl. über diese quaestiones perpetuae und über die vor denselben für jede einzelne Criminaluntersuchung vom Volke speciell gewählten quaesitores s. quaestores Roßhirt im N. A. des C.R. XI. S. 399 ff., und Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes, 1840, §. 42.

9) So fehlte es z. B. an einem solchen Strafgesetze gegen den Diebstahl.

10) Man muß übrigens nicht denken, daß es ganz von der Willkühr der Beamten abgehangen habe, in welchen Fällen und in welchem Maße sie extra ordinem bestrafen wollten. Daß die cognitio extraordinaria auch ihre bestimmten Regeln hatte, die nicht willkürlich überschritten werden durften, beweiset schon der Umstand, daß überhaupt von ihr in den Gesetzen die Rede ist. Vergl. auch Birnbaum im N. A. des C.R. VIII. S. 678 ff.

ſolche Handlungen vorhanden war, um nach dem ordo judiciorum publicorum gegen dieſelben zu verfahren. Seit Caracalla's Zeit wurde freilich gegen alle Verbrechen, auch gegen diejenigen, die unter eine lex judiciorum publicorum gehörten, inſofern extra ordinem verfahren, als die geſammte Criminaljurisdiction kaiſerlichen Beamten übertragen wurde, die nicht mehr nach der Ordnung der früheren perpetuae quaestiones verfuhren [11]): aber jene leges judiciorum publicorum blieben immer die Grundlage für die Beurtheilung der unter ſie gehörigen Handlungen. Nicht allein die Juriſten in ihren Schriften, ſondern auch die Kaiſer in ihren ſtrafrechtlichen Conſtitutionen ſuchten ſich ſoviel als möglich an dieſe Strafgeſetze anzuſchließen, und darum mußten ſie auch dem ſtrafrechtlichen Theile der juſtinianiſchen Rechtsbücher zu Grunde gelegt werden. Von den nach dieſen Geſetzen ſtrafbaren Handlungen mußten alsdann die übrigen ſtrafbaren Handlungen inſofern einen Gegenſatz bilden, als für ihre Strafbarkeit nicht auf ein ſolches Strafgeſetz Bezug genommen werden konnte. Das Princip des römiſchen Staatsrechtes, daß die mit der Criminaljurisdiction bekleideten Beamten das Recht haben, gewiſſe Handlungen extra ordinem, d. h. ohne durch ein Strafgeſetz dazu ermächtigt zu ſein, zu beſtrafen, kann natürlicher Weiſe nicht mehr als gültig anerkannt werden; aber die Handlungen, die nach römiſchem Rechte extra ordinem beſtraft wurden, müſſen wegen der allgemeinen Reception des römiſchen Strafrechtes auch nach heutigem gemeinen Rechte als ſtrafbare Handlungen angeſehen werden.

---

11) Vergl. Mittermaier, das teutſche Strafverfahren, 1. Abtheilung, S. 46, und Danz a. a. O. §. 84.

§. 5.

Das canonische Recht.

Das corpus juris canonici ist in der nämlichen Weise als das justinianische Recht in Teutschland recipirt worden. Da sich in der Kirche ein eigenthümliches Strafrecht gebildet hatte, nach welchem das Verbrechen als Sünde angesehen und die Strafe als Mittel der Zucht und Reinigung angewendet wurde, so fehlte es auch der canonischen Gesetzgebung nicht an Veranlassung, strafrechtliche Bestimmungen zu treffen. Einzelne derselben finden sich in dem ganzen corpus juris canonici zerstreuet; vorzugsweise dem Strafrechte gewidmet ist das 5. Buch der Decretalensammlung Gregor IX und das 5. Buch der Decretalensammlung Bonifacius VIII. Die Rechtslehrer stimmen darin überein, das canonische Recht, soweit es recipirt ist [1]), unter die Quellen des gemeinen teutschen Strafrechtes zu rechnen. Allein die Bedeutung des canonischen Rechtes als Quelle des Strafrechtes ist eine sehr untergeordnete. Denn das Strafrecht, von welchem das canonische Recht handelt, ist das kirchliche Strafrecht, welches die Kirche selbstständig neben dem weltlichen Strafrechte ausübte. Die Strafen, welche die Kirche verhängte, waren anderer Natur als die weltlichen Strafen, indem die meisten und wichtigsten Strafen des weltlichen Strafrechtes von ihr geradezu mißbilligt wurden [2]). Die

---

1) Bekanntlich hat sich die Reception nur auf das erstreckt, was man das corpus juris canonici clausum zu nennen pflegt, so daß die beiden Extravagantensammlungen keine Gültigkeit haben.

2) Namentlich enthielt sich die Kirche aller Todesstrafen, sowie auch der verstümmelnden Strafen, s. oben S. 83. Wenn auch die Kirche im Uebrigen sich theilweise der nämlichen Strafen als die weltliche Macht bediente, indem sie Geldstrafen, Gefängnißstrafen und selbst körperliche Züchtigung anwendete, so ergiebt sich doch schon aus ihrer

Handlungen, welche die Kirche bestrafte, fielen zwar zum Theil zusammen mit den Handlungen, die auch nach weltlichem Rechte strafbar waren. Denn viele Handlungen, welche der Staat bestrafte, wurden auch von der Kirche wegen der in ihnen liegenden Sünde unter ihre Gerichtsbarkeit gezogen [3]), sowie auch umgekehrt der Staat manche Handlungen, durch welche zunächst nur die Kirche betroffen wurde, mit seinen Strafen verfolgte, weil das die Pflicht eines christlichen Staates zu sein schien [4]). Bei manchen Verbrechen hatten sich sogar Kirche und Staat in der Art in das Bestrafungsrecht getheilt, daß dasselbe im einzelnen Falle von demjenigen Theile ausgeübt werden sollte, der zuerst seine Gerichtsbarkeit geltend gemacht hätte [5]). Allein beide Theile bestraften bei jedem Verbrechen nur nach ihrem eigenen Rechte und Gesichtspuncte, und der Grund, aus welchem der eine Theil eine Handlung bestrafte, lag für ihn nicht darin, daß dieselbe von dem anderen Theile für strafbar gehalten wurde. Das kirchliche Strafrecht hat in Folge der veränderten Stellung, welche die Kirche in neuerer Zeit erhalten, nicht allein in den evangelischen, sondern auch in den katholischen Ländern Deutschlands bedeutende Einschränkungen und Modificationen erhalten, deren nähere Angabe in

---

Verwerfung der Leibes- und Lebens-Strafen, daß ihr Strafsystem ein ganz anderes war. Vergl. über die Natur der kirchlichen Strafen Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 1842, §. 198 ff.

3) Vergl. Just. Henn. Boehmer, jus ecclesiast. Protestant. tom. V. ad lib. V. decret. tit. X. §. 1 et 2.

4) Namentlich Ketzerei, Apostasie und Schisma, vergl. Richter a. a. O. §. 205.

5) Diese Handlungen sind die von den Canonisten sogenannten delicta mixti fori, im Gegensatze der delicta mere ecclesiastica und mere civilia. Vergl. Boehmer l. c. §. 2, und Richter a. a. O. §. 207.

die Darstellung des Kirchenrechtes verwiesen werden muß [6]). Für das weltliche Strafrecht ergiebt sich aber aus dem Bisherigen, daß die Bestimmungen des canonischen Rechtes keine Entscheidungsquelle darüber sein können, welche Handlungen strafbar sein und mit welcher Strafe dieselben belegt werden sollen [7]). Da aber gerade hierin der hauptsächliche Inhalt einer Quelle des Strafrechtes besteht, so bleibt nicht viel übrig, wofür man nöthig hätte, das canonische Recht als Entscheidungsquelle zu gebrauchen. Zwar finden sich in dem canonischen Strafrechte hin und wieder Grundsätze aufgestellt, die auch für das weltliche Strafrecht als gültig anerkannt werden können und müssen [8]): aber Theils sind diese Grundsätze auch in den Quellen des weltlichen Strafrechtes ausdrücklich anerkannt, Theils verstehen sie sich zu sehr von selbst, als daß man sie aus dem canonischen Rechte herzuholen brauchte. Dagegen kann nicht geleugnet werden, daß die Kirche mit ihrem Strafrechte auf die Gestaltung des weltlichen Strafrechtes von mehrfachem Einflusse gewesen ist. Dahin gehören die weltlichen Strafgesetze, in denen solche Handlungen, durch welche zunächst nur die Kirche verletzt wird, auch für bürgerliche Verbrechen erklärt werden [9]). Vielleicht ist es auch dem Einflusse des canonischen Rechtes zuzuschreiben, daß mit der Einführung des römischen Rechtes das Princip des älteren germanischen Rechtes, daß die Gehülfen bei einem

---

6) Vergl. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts, §. 196, und Richter a. a. O. §. 204 und 205.

7) Vergl. auch Mittermaier im N. A. des C.R. II. S. 95, Note 10, und Abegg, Lehrbuch §. 12.

8) Z. B. der Satz, daß Noth kein Gebot hat (Can. 11. Dist. I. cap. 4. X. de R. J. V. 41.), oder daß Wahnsinnige und Kinder für ihre Handlungen nicht verantwortlich gemacht werden können. Cap. un. Clem. de homicidio, V. 4. cap. 1. X. de delictis puoor. V. 23.

9) S. Note 4 in diesem §.

Verbrechen in geringerem Grade strafbar seien als der eigentliche Urheber, nicht aufgehoben worden ist [10]). Auch läßt sich von manchen einzelnen Bestimmungen des weltlichen Strafrechtes nachweisen, daß sie aus dem canonischen Rechte hervorgegangen sind [11]). In diesen Beziehungen ist das canonische Recht wenigstens geschichtlich eine Quelle des Strafrechtes, während es für den dogmatischen Standpunct vielleicht richtiger ist, dasselbe nur für ein Hülfsmittel zum Verständnisse des weltlichen Strafrechtes auszugeben. Den wichtigsten Einfluß hat das canonische Recht auf die Entwickelung des teutschen Strafprocesses gehabt, worüber jedoch das Nähere der Darstellung des Strafprocesses selbst vorbehalten bleiben muß [12]).

§. 6.

Reichsgesetze. Im Besonderen die Carolina [1]).

Eine wichtige Quelle des gemeinen Strafrechtes sind die teutschen Reichsgesetze. Da das teutsche Reich die verschiede-

---

10) Denn das canonische Recht, cap. 6. X. de homicidio, V. 12, erkennt in Uebereinstimmung mit dem objectiven Gesichtspuncte des einheimischen Rechtes die geringere Strafbarkeit der Gehülfen an, während nach dem subjectiven Gesichtspuncte des römischen Rechtes Gehülfen und Urheber im Allgemeinen gleich strafbar sind. S. oben S. 71.

11) Z. B. die in Art. 133 der Carolina gemachte Unterscheidung zwischen lebendiger und noch nicht lebendiger Leibesfrucht bei dem Verbrechen der Kinderabtreibung ist aus der von den Kirchenvätern gemachten Unterscheidung zwischen foetus animatus und non animatus hervorgegangen. Can. 8. 9. 10. Caus. XXXII. qu. 2.

12) Vergl. Roßhirt, Geschichte und System des teutschen Strafrechts, 3. Band, 1839, §. 269 und 273.

1) Die älteste bekannte Ausgabe ist vom Monat Hornung 1533, Mainz, bei Ivo Schöffer, ob es gleich nicht unwahrscheinlich ist, daß schon im Jahre 1532 ein Abdruck fertig geworden sei. Vergl. Reinhold Schmid in der Vorrede zu seiner Ausgabe der P.G.O. 1826.

nen zu ihm gehörigen Länder zu einem staatsrechtlichen Ganzen verband, so hatten die Reichsgesetze als solche in jedem Reichslande verbindliche Kraft [2]), obgleich dadurch das Recht der Reichsstände nicht ausgeschlossen war, abweichende Particulargesetze zu erlassen [3]). Die fortwährende subsidiare Gültigkeit der Reichsgesetze kann auch nach der Auflösung des Reiches keinem Zweifel unterliegen [4]). Einzelne strafrechtliche Bestimmungen, die sich auf diese oder jene strafbare

---

2. Ausg. 1835. Die besten Handausgaben der Carolina sind von Koch, 1. Ausg. 1769, 8. Ausg. 1824, die sich jedoch, sowie auch die 7. Ausgabe 1821, von den früheren in Ansehung der Correctheit sehr zu ihrem Nachtheile unterscheidet, von Reinhold Schmid, der in der 2. Ausgabe auch die Abweichungen der beiden Projecte von 1521 und von 1529 angiebt, und von Zöpfl, 1841. Die Ausgaben von Schmid und Zöpfl enthalten auch Abdrücke der Bambergischen und Brandenburgischen Halsgerichtsordnungen. Vergl. über die Ausgaben im Allgemeinen Kappler, Handbuch der Litteratur des C.R. §. 8. — Uebersetzungen und lateinische Bearbeitungen der Carolina von Justinus Gobler, Caroli V de capitalibus judiciis constitutio in latinum versa, Basilicae 1543, und Georg Remus, nemesis Carolina, Herborn. 1594, 5. Ausgabe, Francof. 1618. Beide Uebersetzungen, von welchen die erstere unter die größten litterarischen Seltenheiten gehörte, sind aufs Neue herausgegeben von Abegg, 1837. Ueber die Bedeutung derselben vergl. Abegg in der Vorrede zu seiner Ausgabe.

2) Die Beschlüsse des teutschen Bundes, die auch hin und wieder das Strafrecht betroffen haben und betreffen können, haben als solche in keinem teutschen Lande verbindliche Kraft, da der Bund nur eine völkerrechtliche Verbindung ist und die verschiedenen Bundesstaaten nicht zu einer staatsrechtlichen Einheit verbindet. Dagegen kann aus seinem Verhältniß zum Bunde für den einzelnen Bundesstaat die Verpflichtung entspringen, einen Bundesbeschluß bei sich zu publiciren und ihm dadurch verbindliche Kraft zu verleihen. Vergl. Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechts, §. 20.

3) S. oben §. 1, Note 2, und Gerstlacher, Corp. jur. germanici, Band 1, S. 33.

4) S. oben §. 1, Note 2.

Handlung beziehen, sind in vielen Reichsgesetzen zerstreut zu finden [5]); ein umfassenderes Reichsstrafgesetz, das jedoch keinesweges ein vollständiges Strafgesetzbuch, sondern eine Halsgerichtsordnung sein sollte, in welcher nur von den schwereren an Leib oder Leben gehenden Verbrechen die Rede war, ist die im Jahre 1532 erlassene peinliche Gerichtsordnung des Kaisers Karl V, von deren Entstehung und Charakter schon die Rede gewesen ist [6]). Die Eifersucht der Reichsstände auf ihre Selbstständigkeit gab nicht zu, daß dieses Reichsgesetz, welches man die Carolina zu nennen pflegt, anders bekannt gemacht wurde als mit der salvatorischen Clausel des Inhaltes, daß durch dasselbe den Kurfürsten, Fürsten und Ständen an ihren alten Gebräuchen, wenn sie wohlhergebracht, rechtmäßig und billig seien, Nichts benommen sein solle [7]).

---

5) Zusammengestellt findet man dieselben bei Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Theil XI, S. 2943 ff.

6) S. oben §. 26 der Einleitung. Der Verfasser der Carolina ist der Freiherr Johann von Schwarzenberg und Hohenlandsberg, insofern von ihm die im Jahre 1507 erlassene Bambergische Halsgerichtsordnung verfaßt ist, welche der Carolina zu Grunde liegt und die mater Carolinae genannt zu werden pflegt. Vergl. darüber, sowie über die im Jahre 1516 publicirte Brandenburgische Halsgerichtsordnung, die sogenannte soror Carolinae, oben §. 26, Note 9. Die Litteratur über den Herrn von Schwarzenberg s. bei Kappler, Handbuch der Litteratur des C.R. §. 9. Den daselbst genannten Schriften ist noch hinzuzufügen: Herrmann, Johann Freiherr zu Schwarzenberg, ein Beitrag zur Geschichte des Criminalrechts und der Gründung der protestantischen Kirche, 1842. — Ueber die Geschichte der Carolina: Malblank, Geschichte der P.G.O. Karl's V, 1783; Henke, Geschichte des peinlichen Rechts, Theil II, S. 115 ff. Waechter, ad histor. C.C.C. Symbol. P. 1. 1835. Dazu: Mittermaier im Archiv des C.R. 1836, S. 312 ff.

7) Ueber die Geschichte der salvatorischen Clausel, die in der Vorrede der P.G.O. steht, vergl. Gerstlacher, corp. jur. germ. Band I, S. 353 ff.

Die salvatorische Clausel sprach zwar den Reichsständen nicht das Recht zu, nach der Publication der Carolina noch neue, von derselben abweichende Strafgesetze in ihren Landen zu erlassen: indessen wurde dieses Recht vermöge der Landeshoheit unbedenklich von ihnen in Anspruch genommen und in Ausübung gebracht [8]). Dennoch wurde die Carolina in allen teutschen Ländern die Grundlage für Rechtspflege und Landesgesetzgebung [9]), sowie sie auch der Mittelpunct für die wissenschaftliche Bearbeitung des Strafrechtes werden mußte, und bleiben muß ungeachtet der vielfachen Abweichungen, durch welche sich Gerichtsgebrauch und Landesgesetzgebung von ihr entfernt haben. Ungefähr die Hälfte der Carolina ist strafprocessualischen Inhaltes, da das Bedürfniß, welches sie hervorrief, nicht minder für den Strafproceß als für das eigentliche Strafrecht vorhanden war. Daß das römische Recht neben ihr Gültigkeit haben solle, namentlich in den Puncten, die von ihr selbst nicht anders entschieden seien, ist ausdrücklich in ihr anerkannt [10]). Im Allgemeinen sind die einzelnen Bestimmungen der Carolina Theils aus dem einheimischen Gewohnheitsrechte, Theils aus den recipirten Rechten geschöpft, und oftmals sind die Grundsätze des einheimischen Rechtes und der fremden Rechte auf eigenthümliche Weise in einander verschmolzen [11]). Vorzüg-

8) S. Note 3 in diesem §.

9) Ueber die Einführung der Carolina in einzelnen Ländern und über die Richtung der Landesgesetzgebung vergl. Tittmann, Geschichte der teutschen Strafgesetze, §. 80, und Abegg, Lehrbuch des Criminalprocesses, §. 18.

10) An vielen Stellen, z. B. Art. 104 und 105, wo unter dem kaiserlichen Rechte immer das römische Recht zu verstehen ist.

11) Ueber die Quellen der Bambergischen Halsgerichtsordnung, namentlich ob Schwarzenberg die Tyroler Malefizordnung von 1499 (abgedruckt in Weiske, Abhandlungen aus dem Gebiete des teutschen

lich diente dabei zur Richtſchnur die Weiſe, in welcher von den italiäniſchen Practikern ſeit dem dreizehnten Jahrhunderte das römiſche Recht neben einheimiſchen Gewohnheiten und Statuten in Anwendung gebracht wurde [12]).

Rechtes, 1830, S. 185 ff.) und die Halsgerichtsordnung für die Stadt Ratolphzell von 1506 (herausgegeben von Walchner in Dalwigk und Falck, Cranien zum teutſchen Privatrecht, 2. Lieferung, S. 67) benutzt habe, vergl. Mittermaier im N. A. des C.R. IX. S. 44 ff. und von Wendt, die Tyroler Maleſizordnung von 1499 wirklich Quelle der Bambergenſis und Carolina, 1834. Ueber dieſe Abhandlung: Mittermaier im A. des C.R. 1836, S. 312 ff. Ueber ein altes Bamberger Stadtrecht aus dem 14. Jahrhundert als Quelle der Bambergenſis vergl. Zöpfl, das alte Bamberger Stadtrecht als Quelle der Carolina, 1839, vorzüglich S. 158 ff. Es iſt auch behauptet worden, daß die Bambergenſis aus Torquemada's Inſtruction für das heilige Officium von 1484 und 1488 geſchöpft ſei. Gerstaecker, progr. num origo constitutionis criminalis Bambergensis a Torquemadae instructionibus atque generatim ab inquisitione hispanica probabiliter repeti possit, 1837. S. aber Biener, Beiträge zur Geſchichte des Inquiſitionsproceſſes, S. 151.

12) Dieſe italiäniſchen Practiker ſind für das Verſtändniß der Carolina ungleich wichtiger als die in der vorigen Note 11 angegebenen Geſetze und Rechtsbücher, welche durchgängig von der Carolina an Klarheit und Ausführlichkeit übertroffen werden. Von den Italiänern müſſen vorzüglich genannt werden: Albertus de Gandino libellus super maleficiis (1262), Jacobus de Belvisio († 1335) practica criminalis, Bartolus a Saxoferrato († 1357), Baldus († 1400) mit ihren reichhaltigen Commentaren zu den juſtinianiſchen Rechtsbüchern; Bonifacius de Vitellinis de Mantua, super maleficiis, Angelus de Gambilionibus de Aretio tractatus de maleficiis (1437). Zwar läßt ſich von Keinem dieſer Practiker im Beſonderen nachweiſen, daß er vorzugsweiſe bei Abfaſſung der Bambergenſis benutzt worden ſei. Aber es war im Allgemeinen die von ihnen gemachte Anwendung des römiſchen Rechtes, die in der teutſchen Praxis Eingang fand und auch der Bambergenſis zu Grunde gelegt wurde. Darum iſt es für das Verſtändniß der Carolina auch wichtig, die gleichzeitigen und etwas ſpäteren Practiker zu berückſich-

§. 7.

Die neuen Strafgesetzbücher.

Die Nothwendigkeit und Bedeutung der neuen teutschen Strafgesetzgebungen ist schon besprochen worden [1]). Bis jetzt sind in folgenden Staaten neue Gesetzbücher erschienen, durch welche die subsidiare Gültigkeit des bisherigen gemeinen Rechtes aufgehoben worden ist.

---

tigen, da in ihnen ebenfalls die damalige Auffassung und Anwendung des römischen Rechtes, die in der Carolina vorherrscht, enthalten ist. Die wichtigsten unter denselben sind Julius Clarus († 1575), receptarum sententiarum liber quintus, und sein Zeitgenosse Jacobus Menochius, de arbitrariis judicum quaestionibus et causis, Tiberius Decianus († 1581), tractatus criminalis, und Prosper Farinacius († 1613), opera omnia criminalia. Vergl. über die italiänischen Practiker auch Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses, S. 93 ff. Einige derselben, sowie viele Andere hier nicht genannte findet man in der Sammlung von Franc. Modius, rerum criminalium praxes et tractatus omnium nobilium Jureconsultorum, Francof. 1587. Neben den Italiänern sind auch die ältesten teutschen Bearbeitungen des römischen Rechtes zu vergleichen, namentlich Riederer, Spiegel der wahren Rhetorik aus M. Tullio Cicerone und Anderen geteutscht, 1493; Sebastian Brand, richterlicher Klagspiegel, 1479, und Ulrich Tengler, Laienspiegel von rechtmäßiger Ordnung in bürgerlichen und peinlichen Regimentern, 1509. Ueber den tractatus criminalis von Jacob Salwechter, auf den Birnbaum, im N. A. des C.R. XII. S. 390 ff., großes Gewicht legt, vergl. Wächter im Archiv des C.R. 1834, S. 82 ff. Dagegen wieder Birnbaum im A. des C.R. Ueber die teutsche criminalistische Litteratur des 16. Jahrhunderts vergl. Wächter im N. A. des C.R. 1836, S. 115 ff.

1) Der Napoleonische code des délits et des peines von 1810, der in den teutschen Ländern des linken Rheinufers, sowie in einem großen Theile des Großherzogthums Berg Gültigkeit hat, bleibt in dem Folgenden unberücksichtigt, weil er nicht im Zusammenhange mit der gemeinrechtlichen Rechtsbildung steht.

1) Im Königreich Preussen, dessen allgemeines Landrecht von 1794 im zwanzigsten Titel des zweiten Theiles das Strafrecht enthält [2]). Im Verlaufe der Zeit sind eine Menge von Verordnungen und Ministerialverfügungen dazu gekommen, durch welche das allgemeine Landrecht ergänzt, erläutert und abgeändert worden ist [3]). Da in dem preussischen Landrechte der erste Versuch einer vollständigen Strafgesetzgebung gemacht ist, bei welchem man sich natürlich nicht über die strafrechtlichen Ansichten der damaligen Zeit erheben konnte, so darf man sich nicht wundern, daß man schon seit längerer Zeit die Nothwendigkeit einer neuen Strafgesetzgebung erkannt hat. Bereits sind mehrere Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuche erschienen, und es steht von der nächsten Zukunft zu erwarten, daß der letzte Entwurf von 1840 mit Gesetzeskraft versehen werden wird [1]).

2) In den kaiserlich östreichischen teutschen Erbstaaten, wo im Jahre 1803 ein Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen bekannt gemacht wurde und vom 1. Januar 1804 an gesetzliche Kraft er-

---

2) Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, Berlin 1794, 4 Bände; neueste Ausgabe 1835.

3) v. Strombeck, Ergänzungen des preussischen Strafrechts, 5. Ausgabe, 1835. Handbuch des preussischen Strafrechts, oder Zusammenstellung des 20. Titels des 2. Theils des allgemeinen Landrechts, mit den Gesetzen, Verordnungen und Rescripten, welche denselben ergänzen, abändern oder erläutern, herausgegeben von einem practischen Juristen (F. J. Hafemann), 1830. Mannkopf, das preussische Criminalrecht, 1838.

4) Die Revision der Gesetzgebung, die schon 1826 begonnen hatte, brachte 1830 einen Entwurf hervor, dem 1833 ein revidirter und 1836 ein neuer revidirter Entwurf folgte. Der letzte revidirte Entwurf von 1840 ist nach öffentlichen Nachrichten bereits am 9. Mai 1840 vom Justizministerium für die Gesetzgebung dem Könige vorgelegt worden.

hielt [5]). Daß man bei diesem Gesetzbuche, das sich vor dem preussischen durch Einfachheit, Kürze und Ausscheidung solcher Bestimmungen auszeichnet, die zweckmäßiger der Wissenschaft überlassen bleiben [6]), in der Gesetzgebungskunst bedeutende Fortschritte gemacht hat, bezeugt am Besten der Umstand, daß sich verhältnißmäßig weit weniger Erläuterungen und Abänderungen bei demselben nothwendig gemacht haben [7]). Indessen ist die kaiserliche Hofcommission in Justizgesetzsachen bereits seit längerer Zeit mit der Bearbeitung eines Entwurfes zu einem neuen Gesetzbuche beschäftigt [8]), da das in dem jetzigen Gesetzbuch angenommene, hauptsächlich von dem Abschreckungsprincip eingegebene Strafsystem der Rechtsansicht der Gegenwart nicht mehr genügen kann.

3) Im Königreich Bayern wurde im Jahre 1813 ein neues Strafgesetzbuch erlassen [9]). Der Verfasser desselben, Feuerbach, konnte diesem Gesetzbuch alle die Vorzüge verleihen, die sein Lehrbuch auszeichnen, Klarheit, Bestimmtheit, logische Schärfe und Consequenz. Aber auf der anderen Seite war Feuerbach zu wenig im Stande, bei Abfassung des Gesetzbuches sein Lehrbuch soweit zu vergessen,

---

5) Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen; 1. Theil über Verbrechen; 2. Theil über schwere Polizeiübertretungen. Wien 1803.

6) S. oben S. 99.

7) Visini, Handbuch der Gesetze und Verordnungen, die hinsichtlich des Gesetzbuches über Verbrechen vom 3. September 1803 bis zu Ende des Jahres 1831 erschienen sind, 1832. Vergl. auch das Notizenblatt zur Zeitschrift für östreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde, herausgegeben von Wagner, 1825 und folgende Jahrgänge.

8) Vergl. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, S. 32.

9) Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, München 1813.

um aus jenem Alles herauszulassen, was nur in dieses gehörte [10]). Auch führte das Abschreckungsprincip, von dem er sich leiten ließ, zu manchen Härten, mit welchen das natürliche Rechtsgefühl nicht übereinstimmen kann. Einzelne Capitel des Strafgesetzbuches mußten bald nach seiner Entstehung abgeändert werden [11]), und schon im Jahre 1822 und später zu wiederholten Malen [12]) wurden auf Veranlassung der Regierung Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch ausgearbeitet, ohne daß es bis jetzt zu einem Resultate gekommen wäre.

4) Im Großherzogthume Oldenburg ist durch Patent vom 10. September 1814 das Bayerische Strafgesetzbuch eingeführt worden [13]), jedoch nicht ohne mannichfache Abänderungen und Verbesserungen [14]). Auch sind nach der Einführung mehrere wichtige Abweichungen von dem Bayerischen Gesetzbuche nöthig befunden worden [15]).

5) Im Königreich Sachsen wurde am 30. März 1838 ein neues Strafgesetzbuch erlassen [16]), nachdem man

---

10) Z. B. die Aufstellung allgemeiner Sätze, wie sie in den allgemeinen Theil der Lehr- und Hand-Bücher gehören, die Classification der einzelnen Verbrechen nach gewissen in der damaligen Doctrin hergebrachten Gesichtspuncten, viele rein theoretische Definitionen und Distinctionen, vgl. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, S. 18 ff.

11) Vergl. über das Gesetz wider den Diebstahl vom 25. März 1816, Gönner, im N. A. des C.R. VII. S. 1 ff.

12) Im Jahre 1827 und 1831, vergl. die Litteratur über diese Entwürfe bei Kappler, Handbuch der Litteratur des C.R. §. 52.

13) Unter dem Titel: Strafgesetze für die herzoglich oldenburgischen Lande. Oldenburg 1814.

14) Eine Zusammenstellung derselben bei Mittermaier, im N. A. des C.R. IV. S. 162 ff.

15) S. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, S. 25.

16) Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, Dresden 1838.

schon seit dem Jahre 1810 mit Entwürfen dazu umgegangen war [17]). Dem Sächsischen Gesetzbuche mußten Theils die Erfahrungen zu Gute kommen, die man seit der Bayerischen Gesetzgebung in dieser Kunst gemacht hatte, Theils die besseren Ansichten, die seitdem von der Wissenschaft des Strafrechtes aufgestellt worden waren. Im Allgemeinen war der Fehler, der dem Bayerischen Gesetzbuche zum Vorwurfe gemacht werden kann, daß es zu compendienartig abgefaßt war, glücklich vermieden, indem nur wenige rein doctrinelle Bestimmungen aufgenommen und die einzelnen Verbrechen nicht nach einem schulgemäßen Systeme, sondern nach einer zweckmäßigen Reihenfolge aufgeführt wurden. Von dem Abschreckungsprincipe hatte man sich zwar noch nicht gänzlich loszusagen vermocht, aber demselben doch bei Weitem nicht den Einfluß zugestanden, den es in den früheren Gesetzgebungen erhalten hatte [18]). Da über manche Artikel des Gesetzbuches in der Praxis bereits Zweifel und verschiedene Auslegungen vorgekommen sind, hat sich die Regierung veranlaßt gefunden, die wichtigsten derselben durch ein am 16. Juni 1840 publicirtes Gesetz zu entscheiden.

6) Im Königreich Würtemberg ist am 1. März 1839 ein neues Strafgesetzbuch erschienen. Schon seit dem Jahre 1808 war in Würtemberg an Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuche gearbeitet worden, bis der im Jahre 1835 erschienene Entwurf die Grundlage zu dem jetzt geltenden Gesetzbuche wurde [19]). Wenn auch dasselbe an Kürze,

---

17) Ueber die Entwürfe von Tittmann 1810, von Erhard 1816 und von Stübel 1824 vergl. Kappler, Handbuch der Litteratur des C.R. §. 59.

18) Ueber den Charakter des Sächsischen Gesetzbuches vergl. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, S. 32 ff.

19) Vergl. darüber Kappler, Handbuch der Litteratur des C.R. §. 61.

Einfachheit und Ausscheidung des bloß Doctrinären dem Sächsischen nachsteht, so ist es doch ebenfalls aus dem Standpuncte der heutigen Strafrechtswissenschaft hervorgegangen, und in seinem Strafsystem im Allgemeinen der heutigen Rechtsansicht entsprechend [20]).

7) Im Großherzogthume Weimar wurde durch Patent vom 5. April 1839 ein neues Gesetzbuch mit Gesetzeskraft vom 1. August an eingeführt [21]), welches im Wesentlichen das königlich sächsische Strafgesetzbuch war, nur mit einigen Abänderungen, welche hauptsächlich durch die Verschiedenheit der Verhältnisse geboten schienen [22]).

8) Im Herzogthume Braunschweig ist mit dem 1. October 1840 ein neues Criminalgesetzbuch in Kraft getreten, das sich vor den übrigen durch Einfachheit und Kürze auszeichnet, und auch in anderen Beziehungen als ein Fortschritt anerkannt werden muß [23]).

---

20) Ueber den Charakter dieses Gesetzbuches vergl. Mittermaier a. a. O. S. 47.

21) Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach, Eisenach 1839. Mitunter, z. B. bei Abegg, Lehrbuch §. 30, und bei Marezoll, Lehrbuch S. 34, findet man die Behauptung, daß im Weimarischen früher das Bayerische Gesetzbuch gegolten habe. Das ist aber nicht der Fall gewesen, indem nur im Jahre 1818 den Ständen die Proposition gemacht wurde, das Bayerische Gesetzbuch nach einer vorzunehmenden Bearbeitung im Großherzogthume einzuführen. Da die zu dieser Bearbeitung eingesetzte Commission bis zum Jahre 1823 nur mit dem allgemeinen Theile zu Stande gekommen war, so konnte von dem damaligen Landtage über die Annahme nicht berathen und beschlossen werden.

22) Zusammengestellt bei Groß, Bemerkungen zu dem Gesetz: Erläuterungen zu einigen Artikeln des Criminalgesetzbuches, 1840, S. 65 ff.

23) Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig, Braunschweig 1840. Vergl. darüber Mittermaier a. a. O. §. 7.

9) Im Königreich Hannover hat ein neues Strafgesetzbuch am 1. November 1840 Gesetzeskraft erhalten, welches am Meisten von den Gesetzbüchern der neueren Zeit dem Abschreckungs- und Warnungs-Principe huldigt [24]).

10) Im Herzogthume Sachsen-Altenburg ist am 3. Mai 1841 ein neues Strafgesetzbuch mit Gesetzeskraft vom 1. October an erlassen worden. Dasselbe ist im Wesentlichen das königlich sächsische Gesetzbuch, obgleich mit bedeutend mehr Abweichungen von demselben, als man im Großherzogthume Weimar nöthig befunden hat [25]).

11) Im Großherzogthume Hessen ist mit dem 1. April 1842 ein neues Strafgesetzbuch gültig geworden, welches zwar mitunter eine etwas zu doctrinäre Fassung hat, aber in seinen Strafbestimmungen den Einfluß der Wissenschaft und geläuterter Rechtsansicht nicht verkennen läßt [26]).

§. 8.

Gewohnheitsrecht. Im Besonderen Gerichtsgebrauch.

Es ist schon angegeben worden, in welchem Umfang im gemeinen Strafrecht ein Gerichtsgebrauch herrscht, der im Widerspruche mit dem geschriebenen Rechte steht [1]). Der Gerichtsgebrauch ist eine Form des Gewohnheitsrechtes und

---

24) Allgemeines Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover, Hannover 1840. Vergl. darüber Mittermaier a. a. O. §. 8. — Ueber die früheren hannöverschen Entwürfe vergl. Kappler, Handbuch der Litteratur des C.R. §. 55.

25) Zusammengestellt sind diese Abweichungen von Schüler in den neuen Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht von Watzdorf u. Siebdrat, 1. Band, 2. Heft, S. 66 ff.

26) Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, Darmstadt 1841. Ueber den Entwurf und die Schicksale desselben bei den Ständeverhandlungen vergl. Mittermaier a. a. O. §. 9.

1) S. oben S. 104.

besteht in der Gleichförmigkeit richterlicher Urtheile hinsichtlich eines Rechtssatzes, der nicht aus dem geschriebenen Rechte hergeleitet werden kann [2]). Daher entsteht die Frage, ob und wieweit das Gewohnheitsrecht als zulässige Quelle des Strafrechtes anerkannt werden könne.

1) Es liegt in der Natur der Sache, daß im Strafrechte das Gewohnheitsrecht nur in der Form des Gerichtsgebrauches erscheinen kann. Denn jeder strafrechtliche Satz kann nur die Frage betreffen, ob und in welchem Maß eine Handlung bestraft werden soll, und die Bestrafung kann nicht von den Einzelnen, sondern nur vom Staate durch die Vermittelung der richterlichen Urtheile ausgehen. Daß daher ein strafrechtlicher Satz gewohnheitsrechtlich gelte, kann sich nicht aus den Handlungen der Einzelnen, sondern nur daraus ergeben, daß er in richterlichen Urtheilen gleichförmig zur Anwendung gebracht wird. Dabei darf aber der Gerichtsgebrauch nicht als eine besondere Art, oder als die Quelle, oder der Gültigkeitsgrund des Gewohnheitsrechtes, sondern nur als der Beweis für das Vorhandensein desselben angesehen werden [3]). Das Gewohnheitsrecht, welches durch den

---

2) Vergl. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band, 1840, S. 97.

3) Häufig, z. B. bei Grolman, Lehrbuch §. 128, und bei Wächter, Lehrbuch §. 12, findet man die Behauptung, daß Gewohnheitsrecht im eigentlichen oder engeren Sinne im Strafrechte nicht vorkommen könne, sondern nur Gerichtsgebrauch möglich sei. In der Regel liegt der Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht im eigentlichen Sinne und zwischen Gerichtsgebrauch die falsche Ansicht zu Grunde, daß jenes durch gleichförmige Handlungen der Einzelnen, dieses durch gleichförmige Handlungen der Gerichte entstehe. Das Gewohnheitsrecht entsteht aber nicht durch gleichförmige Handlungen, sondern diese sind nur der Beweis, daß es vorhanden ist. Weder die Einzelnen noch die Gerichte können einen Rechtssatz durch gleichförmiges Handeln erzeugen, weil dieses für dritte Personen nicht zur verbindenden Norm werden kann.

Gerichtsgebrauch ausgesprochen wird, hat vielmehr durchaus die Natur des Gewohnheitsrechtes im Allgemeinen, dessen Quelle und Gültigkeitsgrund nur in der durch seine allgemeine Befolgung dargelegten Rechtsüberzeugung liegt, daß es befolgt werden müsse [4]).

2) Das Gewohnheitsrecht ist ebenso gut Quelle des Strafrechtes als das geschriebene Recht, da ein strafrechtlicher Rechtssatz auch außerhalb eines ausdrücklichen Gesetzes in der allgemeinen Rechtsüberzeugung bestehen und, weil er in derselben besteht, zur Anwendung gebracht werden kann [5]). Nach dem natürlichen Entwickelungsgange der Staatsbildung beruht das Recht eines Volkes ursprünglich fast nur auf Gewohnheiten, und auch das teutsche Strafrecht bestand eher aus Gewohnheitsrecht, als aus ausdrücklichen Strafgesetzen. Da die heutigen Staaten über diesen Zustand längst hinaus sind und geschriebenes Recht haben, so kann für das heutige Recht nur die Frage entstehen, ob neben dem geschriebenen Rechte und gegen dasselbe noch Gewohnheitsrecht als Quelle des Strafrechtes vorkommen könne. Für das gemeine Strafrecht ist diese Frage thatsächlich entschieden, da ein großer

---

Wenn sich aber aus der fortgesetzten und gleichförmigen Befolgung eines Rechtssatzes ergiebt, daß derselbe wirklich Gültigkeit hat, so liegt darin der Grund, daß er auch ferner angewendet werden muß. Insofern das Gewohnheitsrecht in der Zeit vorhanden ist, muß auch die Entstehung desselben in irgend eine Zeit fallen. Aber die Frage nach seiner Entstehung kann bei der Frage nach seiner Gültigkeit gar nicht in Betracht kommen, da das Gewohnheitsrecht erst durch seine Befolgung erkennbar wird, und erst aus seiner Gültigkeit geschlossen werden kann, daß es entstanden sein müsse. Vergl. Puchta, das Gewohnheitsrecht, 1. Band, 1828, S. 180 ff. 2. Band, 1837, S. 5 ff. und S. 254 ff.

4) Daß der Gültigkeitsgrund des Gewohnheitsrechtes weder in einer vorausgesetzten Genehmigung des Gesetzgebers, noch in einer Autonomie des Volkes liege, vergl. Puchta a. a. O. 2. Band, S. 11 ff.

5) Vergl. Puchta a. a. O. 2. Band, S. 242 und 257.

Theil desselben nur auf Gewohnheitsrecht beruht. Diese Bedeutung des Gewohnheitsrechtes ist aber nicht bloß eine Thatsache, sondern eine rechtliche Nothwendigkeit, die sich immer geltend machen muß, wenn das geschriebene Recht der allgemeinen Rechtsüberzeugung nicht genügt oder derselben widerstreitet [6]). Denn der letzte Grund, aus welchem über-

---

6) Feuerbach, Lehrbuch §. 5 in der Note behauptet, der Gerichtsgebrauch könne wohl mit der Nothwendigkeit entschuldigt, aber nimmermehr aus Gründen des Rechtes in der Theorie gerechtfertigt und als Quelle verpflichtender Rechtsnormen betrachtet werden. Er sei nur anzuerkennen, wie man auch Staatsrevolutionen anerkenne, als Thatsache und nicht als Recht. Diese Behauptung ist ohne Zweifel hervorgegangen aus der unrichtigen Auffassung des Gewohnheitsrechtes, daß es durch die von den Gesetzen abweichenden Urtheile zur Entstehung komme. Darnach würde das Gewohnheitsrecht in seiner Entstehung immer Unrecht sein und mithin niemals als Recht bestehen können. Aber die Gerichte machen nicht den von dem Gesetze abweichenden Rechtssatz, sondern sie wenden denselben an, weil er in der allgemeinen Rechtsüberzeugung begründet ist. — Aus ähnlichem Grunde behauptet v. Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie, 2. Theil, S. 11, daß der Gerichtsgebrauch nur in Ansehung der Auslegung der Strafgesetze, aber nicht als selbstständige Quelle des Strafrechtes vorkommen könne. Der auf Auslegung der Gesetze sich beziehende Gerichtsgebrauch ist aber gar kein Gewohnheitsrecht, da eine unrichtige Auslegung, wenn auch noch so viele Präjudicien für sie angeführt werden könnten, immer aufgegeben werden muß, sowie man die Unrichtigkeit erkannt hat. Vergl. Puchta a. a. O. 2. Band, S. 111 f., und v. Savigny a. a. O. 1. Band, S. 95, 96 und S. 173. — Grolman, Lehrbuch §. 128, will dem Gerichtsgebrauche nur unter der Voraussetzung Gültigkeit einräumen, daß entweder die unvollkommene Gesetzgebung über die in der Rechtssprechung angenommene Thesis gar keine oder nur eine dunkele Bestimmung enthalte, oder daß die gesetzliche Bestimmung als stillschweigend von dem Gesetzgeber aufgehoben betrachtet werden könne. Allein da Grolman das Gewohnheitsrecht aus der Autonomie der Privaten und im Besonderen den Gerichtsgebrauch aus der Uebereinkunft der Gerichtsbeisitzer herleitet, müßte er consequenter Weise Gewohnheitsrecht

haupt ein Rechtssatz Gültigkeit hat, liegt nur darin, daß er als vernünftig und nothwendig anerkannt worden ist, und es kann keinen Unterschied machen, ob diese Anerkennung ausgesprochen wird durch eine Erklärung des mit der gesetzgebenden Gewalt bekleideten Organes, oder durch andere Handlungen, wenn nur in ihnen der Beweis liegt für die allgemeine Rechtsüberzeugung, daß ein Rechtssatz befolgt werden müsse [7]). Es bedarf zu dieser Bedeutung des Gewohnheitsrechtes keiner besonderen gesetzlichen Erklärung, in welcher ihm dieselbe eingeräumt wird. Der Gesetzgeber kann zwar durch ein neues Gesetz einen gewohnheitsrechtlichen Satz in derselben Weise aufheben als einen geschriebenen Rechtssatz: aber es ist darum die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes nicht von seiner Erklärung abhängig. In jedem Gesetze liegt die Willenserklärung des Gesetzgebers, daß es befolgt werden soll, so daß darnach ein dem Gesetze entgegenstehendes Gewohnheitsrecht gar nicht vorkommen könnte: aber wie das Gesetz nur als fingirter Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung Gültigkeit hat, so muß auch die Gültigkeit des-

---

und Gerichtsgebrauch im Strafrechte unbedingt verwerfen. Vgl. Puchta a. a. O. 2. Band, S. 254.

7) Der Unterschied zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht liegt nur darin, daß bei dem ersteren der Gesetzgeber als Repräsentant der allgemeinen Rechtsüberzeugung fingirt wird, während dieselbe durch die Gewohnheit sich in Wirklichkeit zu erkennen giebt. L. 32. §. 1. D. de legibus I. 3: „Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per consuetudinem abrogentur.“

selben als aufgehoben betrachtet werden, wenn sich aus fortgesetzter gleichförmiger Nichtbefolgung ergiebt, daß eine andere Rechtsüberzeugung vorhanden ist. In der Carolina werden vorhandene gute Gewohnheiten ausdrücklich bestätigt, während die neueren Gesetzbücher mit der Aufhebung der bisherigen Strafrechtsquellen auch das vorhandene Gewohnheitsrecht für ungültig erklärt haben. In Beziehung auf neu entstehendes Gewohnheitsrecht ist in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung nicht minder als in den neuen Strafgesetzbüchern die Erklärung ausgesprochen, daß die in denselben enthaltenen Gesetze gehalten und mithin durch kein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht aufgehoben werden sollen [8]).

---

8) Mittermaier in der Zusatznote zu Feuerbach, Lehrbuch §. 5, behauptet, der Gerichtsgebrauch sei zwar im gemeinen Strafrechte eine Rechtsquelle, aber nicht nach den neueren vollständigen Gesetzgebungen, nach welchen mit Aufhebung alles früheren in dem Staate geltenden Rechtes nur das durch den Gesetzgeber bestimmte die einzige Norm für den Richter sein dürfe. In der Carolina werden zwar vorhandene gute Gewohnheiten mehrfach bestätigt, z. B. in der am Schlusse der Vorrede stehenden clausula salvatoria, und in Art. 107, während übele Gewohnheiten aufgehoben werden, z. B. Art. 137 und 218; aber nirgends wird in der Carolina anerkannt, daß ein neues Gewohnheitsrecht gegen die in ihr enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen aufkommen solle. Daß in den neuen Gesetzbüchern das gesammte bisherige Recht, sowohl das Gewohnheitsrecht als das geschriebene Recht aufgehoben worden ist, kann die zukünftige Gültigkeit derogatorischen Gewohnheitsrechtes nicht ausschließen, da die sogenannte clausula derogatoria, die ausdrücklich oder stillschweigend in jedem neuen Gesetze enthalten ist, der Natur der Sache nach nicht auf die Zukunft bezogen werden kann, selbst wenn sich das Gesetz eiteler Weise eine lex in perpetuum valitura nennen sollte. Daß die neuen Gesetzbücher vollständig in dem angegebenen Sinne sein wollen, kann ebenfalls Nichts ausmachen, da diese Vollständigkeit die Möglichkeit zukünftiger Abänderungen der darin enthaltenen Bestimmungen nicht ausschließen kann. Vergl. Puchta a. a. O. 2. Bd. S. 246 ff. — Für das gemeine Strafrecht machen Abegg, Lehrbuch §. 15, und

Dessenungeachtet sind die gemeinrechtlichen Gesetze durch entgegenstehenden Gerichtsgebrauch vielfach aufgehoben worden, und es würde ein entschiedenes Unrecht sein, wenn ein Richter diese Aufhebung heutiges Tages unbeachtet lassen wollte. Auch die neueren Gesetzbücher werden einem gleichen Schicksale nicht entgehen können, wenn sie nicht mehr in Uebereinstimmung mit der herrschenden Rechtsüberzeugung stehen. Das Gewohnheitsrecht ist immer wegen seiner schwierigeren Erkennbarkeit und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit die minder vollkommene Form, in welcher das Recht er-

---

Heffter, Lehrbuch §. 14, die Beschränkung, daß durch Gewohnheitsrecht keine Strafe an Leben, Ehre, Leib oder Gliedern eingeführt werden könne, die nicht in den kaiserlichen Rechten anerkannt sei. Allein in dem Art. 104 der Carolina, auf welchen sie sich dafür berufen, ist den Richtern nur verboten, in anderen Fällen, als in welchen die kaiserlichen Rechte es gestatten, peinliche Strafe zu erkennen. Ein zukünftiges Gewohnheitsrecht konnte aber durch diese Vorschrift nicht betroffen werden, da kein Gesetzgeber zum Voraus zukünftiges Recht für ungültig erklären kann. Vergl. Puchta a. a. O. 2. Bd. S. 250 f. — Gerstäcker, im N. A. des C.R. VI. S. 488, behauptet, daß durch den Gerichtsgebrauch nur mildere, nicht härtere Strafen eingeführt werden könnten. Ein innerer Grund läßt sich dafür nicht anführen, obschon es für das gemeine Recht richtig und begreiflich ist, daß das Gewohnheitsrecht hauptsächlich eine mildernde Wirkung gehabt hat. Nur muß man mit der Möglichkeit, daß durch Gewohnheitsrecht härtere Strafen eingeführt werden können, nicht die dem Richter niemals zustehende Befugniß verwechseln, härtere Strafen zu erkennen, als das positive Strafrecht, zu welchem aber auch das Gewohnheitsrecht gehört, gestattet. Vergl. Puchta a. a. O. 2. Band, S. 252. Auch fehlt es im gemeinen Rechte nicht an einem Beispiele von gewohnheitsrechtlicher Einführung einer härteren Strafe, als die Gesetze vorschreiben, indem die Strafe des mehrfachen Ersatzes, welche die Carolina Art. 157 und 158 für den kleinen Diebstahl vorschreibt, durch unbestreitbares Gewohnheitsrecht in Gefängnißstrafe, die doch offenbar härter, umgewandelt worden ist.

scheint [9]), und die gesetzgebende Gewalt thut zuverlässig gut, dem Gewohnheitsrechte die Form des ausdrücklichen Gesetzes zu verleihen: aber nie würde ihr gelingen, dem Gewohnheitsrechte die Eigenschaft einer Rechtsquelle zu benehmen.

Drittes Capitel.

Von der Wissenschaft des teutschen Strafrechtes.

§. 9.

Begriff und Bedeutung der Wissenschaft des teutschen Strafrechtes.

Die Wissenschaft des teutschen Strafrechtes ist im subjectiven Sinne die Erkenntniß des in Teutschland gültigen Strafrechtes, im objectiven Sinne der systematische Inbegriff dessen, was den Inhalt dieser Erkenntniß ausmacht. Wie alles Existirende einen Grund seiner Existenz hat, und wie die Weise, in welcher es existirt, aus diesem Grunde hervorgeht, so kann die Erkenntniß oder die Wissenschaft einer Sache auch nur darin bestehen, daß man sich ihrer dermaligen Existenz nach ihrem Grunde bewußt ist. Im subjectiven Sinne ist daher die Wissenschaft des teutschen Strafrechtes nicht ein bloßes gedächtnißmäßiges Innehaben der einzelnen strafrechtlichen Begriffe und Grundsätze, sondern das Begreifen derselben nach ihrem Grunde und nach dem Zusammenhange, der aus diesem Grunde hervorgeht. Ebenso ist diese

---

9) Es ist schon bemerkt worden (oben S. 110), daß der gemeinrechtliche Gerichtsgebrauch nur negativ ein sicherer ist, indem die gesetzlich vorgeschriebenen Strafen der Art und Größe nach aufgehoben sind, nicht aber positiv hinsichtlich der Strafen, die an die Stelle der aufgehobenen treten sollen. Ueber die Aushülfe, welche in dieser Beziehung die neuen Gesetzbücher gewähren, s. oben S. 111.

Wissenschaft im objectiven Sinne nicht ein Inbegriff bloß zufällig zusammengeworfener Begriffe und Grundsätze, sondern ein System, in welchem das Eine durch das Andere bedingt ist und organisch mit ihm zusammenhängt. Die Wissenschaft kann in dem teutschen Strafrechte, wie überhaupt in jedem positiven Strafrechte nur eine besondere Erscheinungsform des philosophischen Strafrechtes erkennen, welche durch Geschichte und Nationalität ihre besondere Gestaltung erhalten hat [1]). Indem sie auf der einen Seite den letzten Grund des positiven Strafrechtes in der Idee der Gerechtigkeit findet, ergeben sich ihr die obersten Grundsätze, die so nothwendig in jedem positiven Strafrecht enthalten sind, daß es ohne dieselben gar nicht mehr Strafrecht sein würde [2]). Indem sie auf der anderen Seite durch diese philosophische Ableitung des Positiven zu der Einsicht gelangt, daß in der Wirklichkeit kein anderes Recht gelten kann als positives, sucht sie das Positive nach den nationalen und geschichtlichen Zuständen des Volkes, für welches es gilt, zu ergründen. Ohne die angegebene philosophische Auffassung kann das positive Recht nur als Product der Willkühr und des Zufalles erscheinen; ohne die geschichtliche Auffassung kann es nicht nach seinem wahren Sinn und Geist begriffen werden. Philosophische und geschichtliche Auffassung und Behandlung des Rechtes sind nicht Gegensätze, die einer Vereinigung oder Vermittelung bedürften: sie sind vielmehr unzertrennlich verbunden und in dieser Einheit die Wissenschaft des Straf-

1) S. oben S. 6.

2) Es sind dieses die Sätze des allgemeinen Theiles, von welchen oben S. 98 und 99 gesagt worden ist, der Gesetzgeber thue gut, gar keine Bestimmungen darüber zu treffen, weil er gar nicht den Willen haben könne, dieselben anders aufzustellen, als sie von der Wissenschaft aufgestellt werden.

rechtes [3]). Ohne dieſe Wiſſenſchaft iſt eine richtige Anwendung des Strafrechtes nicht möglich, und die Bedeutung der Wiſſenſchaft beſteht gerade darin, dieſe Anwendung möglich zu machen [4]).

---

3) Ueber die wiſſenſchaftliche Methode vergl. Abegg, Lehrbuch §. 31.

4) In neuerer Zeit wollen Viele, z. B. Heffter, Lehrbuch §. 14, und Abegg, Lehrbuch §. 16, die Wiſſenſchaft mit zu den Quellen des Strafrechtes rechnen. Das beruht aber auf einem Mißverſtändniſſe. Das teutſche Strafrecht iſt der Gegenſtand, den die Wiſſenſchaft behandelt, den ſie aus ſeinen Quellen herleitet. Folglich kann die Wiſſenſchaft nicht ſelbſt zu dieſen Quellen gehören, ſo lange ſie Nichts Anderes ſein ſoll als Wiſſenſchaft des poſitiven Rechtes. Die Wiſſenſchaft kann Einfluß auf die Geſetzgebung haben, wenn ſie bei Abfaſſung der Geſetze zu Rathe gezogen wird; aber die eigentliche Rechtsquelle iſt alsdann das Geſetz, in welchem die wiſſenſchaftliche Anſicht Aufnahme gefunden hat. Auch kann ein Satz, den die Wiſſenſchaft lehrt, Gewohnheitsrecht ſein, wenn der Gerichtsgebrauch den Beweis liefert, daß er wirklich gültig iſt: aber alsdann iſt die Wiſſenſchaft ebenfalls nicht die eigentliche Quelle, aus welcher ſeine Rechtsgültigkeit herkommt. Die communis Doctorum opinio, oder das wiſſenſchaftliche Recht, oder das Juriſtenrecht muß zwar in der Praxis eine große Autorität genießen, aber nur aus dem Grunde, weil der Practiker, wenn er nicht in der Lage iſt, eine ſelbſtſtändige Prüfung anzuſtellen, in der Uebereinſtimmung angeſehener Rechtslehrer den Beweis für die Richtigkeit der aufgeſtellten Anſicht finden kann. Vergl. Puchta, das Gewohnheitsrecht, 1. Band, S. 166 und Savigny, Syſtem des heutigen römiſchen Rechts, §. 19 und 20. Ob aber eine juriſtiſche Anſicht nach dem poſitiven Rechte richtig iſt, kann nur davon abhängen, ob ſie von der Wiſſenſchaft aus den Quellen deſſelben hergeleitet werden kann. Der Geſetzgeber thut gut, manche Sätze nicht ſelbſt aufzuſtellen, ſondern die Aufſtellung derſelben der Wiſſenſchaft zu überlaſſen (vergl. oben S. 98 f.): aber auch hier iſt die Wiſſenſchaft nicht Rechtsquelle, weil ſie den Rechtsſatz nicht erzeugt, ſondern nur aus dem Geſetze ableitet. Heffter und Abegg berufen ſich auf die Carolina, in welcher ſo häufig auf den Rath der Rechtsverſtändigen verwieſen werde, um der Wiſſenſchaft die Bedeutung einer Rechtsquelle zu vindiciren. Aber die

§. 10.

Von der Auslegung der Strafrechtsquellen.

Das teutsche Strafrecht ist in seinen Quellen enthalten. Der wahre Inhalt dieser Quellen muß durch die Wissenschaft zum Bewußtsein gebracht werden, um Anwendung finden zu können. Das hierzu nothwendige Verfahren ist die Auslegung, die ein wissenschaftliches Geschäft und die Grundlage der Strafrechtswissenschaft ist [1]). Die Auslegung hat die Aufgabe, den in den Quellen enthaltenen Rechtssatz herauszubringen. Bei dem Gewohnheitsrecht liegt es in der Natur der Sache, daß die Auslegung keine Schwierigkeit haben kann, da der in demselben enthaltene Rechtssatz sich aus der Anwendung, ohne welche er überhaupt nicht Ge-

---

Meinung bei diesen Verweisungen kann nur dahin gehen, daß die Rechtsverständigen ihren Rath nach den kaiserlichen Rechten und nach der Carolina ertheilen sollen. Vergl. Carolina, Art. 105.

1) Eine scheinbare Ausnahme macht die sogenannte authentische Interpretation, welche allerdings keine wissenschaftliche Auslegung ist. Aber die authentische Interpretation ist eigentlich gar keine Auslegung, sondern nur die deutlichere Fassung eines ursprünglich undeutlich gefaßten Gesetzes. Daher kann die authentische Interpretation selbst wieder der Gegenstand einer wissenschaftlichen Auslegung werden. Die sogenannte Usualauslegung ist immer wissenschaftliche Auslegung, deren Gültigkeit von ihrer Richtigkeit abhängt, wenn von ihr behauptet wird, daß ein Gesetz diesen oder jenen Sinn habe. Vergl. oben §. 8, Note 6, und v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I. Band, S. 208 und 209. Es kann aber auch in Beziehung auf ein Gesetz in der Art ein Gewohnheitsrecht vorhanden sein, daß ohne Rücksicht auf den durch die wissenschaftliche Auslegung zu ermittelnden Sinn ein bestimmter Sinn desselben angenommen werden muß. Ein solches Gewohnheitsrecht kann zwar nur in der Form des Gerichtsgebrauches und der Usualauslegung erscheinen: aber dieselbe ist hier keine Auslegung, sondern die usuelle Anwendung des gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes.

wohnheitsrecht ſein würde, unmittelbar zu erkennen giebt [2]). Die Auslegung der Strafgeſetze unterliegt denſelben Regeln, die über die Auslegung der Geſetze überhaupt gelten [3]). Jedes Strafgeſetz ſtellt für gewiſſe Fälle einen Rechtsſatz auf, in welchem es die rechtlichen Folgen vorſchreibt, die in denſelben eintreten ſollen. Die Auslegung hat Theils dieſe rechtlichen Folgen, Theils die Fälle zu beſtimmen, auf welche ſie in Anwendung kommen ſollen. Es kommt dabei nur darauf an, in beiden Beziehungen die wahre Willensmeinung des Geſetzgebers zu ergründen, und der Auslegende muß alle Mittel anwenden, die dazu führen können [4]). Er muß das Geſetz zunächſt grammatiſch behandeln, da die gebrauchten Worte den erſten Anhaltepunct geben müſſen, die Willensmeinung des Geſetzgebers zu finden [5]); daneben muß er das Geſetz logiſch verarbeiten, um einen vollſtändigen, logiſch

---

2) Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 207.

3) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 39, und Abegg, Lehrbuch §. 18.

4) Vergl. Mittermaier in Feuerbach's Lehrbuch §. 75, a.

5) Hierzu dienen philologiſche Kenntniſſe. Für das Verſtändniß der römiſchen Rechtsſprache iſt zu bemerken: B. Brissonius, de verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione, studio Heineccii et J. H. Boehmeri, 1743. Wunderlich additamentorum ad Brissonii opus volumen 1778. Cramer supplementi ad Brissonii opus de verb. sign. specimen I. 1813. Dirksen, manuale latinitatis fontium juris civilis Roman. 1837. — Für die Kenntniß der lateiniſchen Sprache des Mittelalters: Carol. du Fresne, dominus du Cange, glossarium ad scriptores mediae atque infimae latinitatis, 1678. — Für die Kenntniß der teutſchen Sprache des Mittelalters: Wachter, glossarium germanicum, 1736, und Halthaus, glossarium germanicum medii aevi, 1758. Für die Sprache der Carolina: Walch, glossarium germanicum interpretationi Const. crim. Carol. inserviens, 1790. Für die Auslegung der Carolina ſind auch die §. 6, Note 1 angeführten lateiniſchen Bearbeitungen derſelben von Wichtigkeit.

richtigen Gedanken aus ihm herauszubringen, da das Gegentheil nicht darin enthalten sein kann [6]). Um diesen Gedanken zu finden, muß er das Gesetz nach dem geschichtlichen Zusammenhange betrachten, in welchem es zu dem bisherigen, denselben Gegenstand betreffenden Rechte steht, da der Gesetzgeber es mit Rücksicht auf dieses Recht erlassen haben muß [7]). Auch muß er, der Auslegende, des systematischen, inneren Zusammenhanges eingedenk sein, der alle Vorschriften eines positiven Strafrechtes untereinander verbindet, indem auch der Gesetzgeber sich dieses Zusammenhanges bewußt gewesen sein muß. Nicht immer hat der Gesetzgeber seine Ausdrücke so bestimmt und richtig gewählt, daß schon die bloße grammatische Auslegung den Sinn er-

---

6) Ueber das grammatische, logische, historische und systematische Element der Auslegung und ihr nothwendiges Zusammenwirken vergl. v. Savigny a. a. O. S. 213 ff.

7) Hierzu dient die Kenntniß der Geschichte des Strafrechtes. Außer den die gesammte römische und teutsche Rechtsgeschichte umfassenden Werken sind für das Strafrecht im Besonderen zu bemerken: Abegg, de antiquissimo Romanorum jure criminali, 1823. Besserer, commentatio de indole juris criminalis Romanorum usque ad imperatorum tempora, 1827. Henke, Grundriß einer Geschichte des teutschen peinlichen Rechts, 1809. Tittmann, Geschichte der teutschen Strafgesetze, 1832. Roßhirt, Geschichte und System des teutschen Strafrechts, 1838. v. Woringen, Beiträge zur Geschichte des teutschen Strafrechts, 1836; und Wilda, Geschichte des teutschen Strafrechtes, 1. Band, 1842. Von den Quellen des früheren Strafrechtes sind vorzüglich zu bemerken das vorjustinianische Recht, die sogenannten leges barbarorum, der Sachsen- und Schwabenspiegel und die §. 6, Note 11 angeführten Strafgesetzgebungen. Für die Carolina sind die §. 6, Note 12 angeführten italiänischen Practiker, und für die neuen Strafgesetzbücher das gemeine Recht die Quelle, die vorzüglich berücksichtigt werden muß.

gäbe, von welchem nach dem logischen, geschichtlichen und systematischen Gesichtspuncte angenommen werden muß, daß er ihn habe ausdrücken wollen [8]). Alsdann muß die Aus-

---

8) Daß die Auslegung eines Gesetzes lediglich aus den Worten desselben genommen werden müsse und daß nur diese über den wahren Sinn des Gesetzgebers Auskunft und Entscheidung geben dürfen, wie Schaffrath, Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze nach constitutionellem Staats- und gemeinem teutschen Recht, 1842, behauptet, ist ein entschieden unrichtiger Satz, da das Wort des Gesetzes nur aus dem Grunde verbindliche Kraft hat, weil es den Willen des Gesetzgebers ausdrückt, und also nur soweit gelten kann, als das wirklich der Fall ist. Der Wille des Gesetzgebers muß freilich durch das Wort ausgesprochen sein, um als Gesetz gelten zu können. Darum kann zwar nicht für den Willen des Gesetzgebers gelten, was gar nicht aus den gebrauchten Worten entnommen werden kann: aber die Worte müssen in dem Sinn ausgelegt werden, der sich nach den angegebenen Gesichtspuncten als der Sinn des Gesetzgebers ergiebt. Für die Auslegung der in neuerer Zeit entstandenen Gesetze sind die mannichfachen Schriften und Verhandlungen von Wichtigkeit, die nach den neueren Verfassungen der Erlassung des Gesetzes vorherzugehen pflegen. Hierher gehören namentlich die Motive, mit welchen entweder die Regierungen die Gesetzentwürfe den Kammern vorlegen, oder mit welchen die Kammern ihre Beschlüsse erläutern. Wenn der motivirte Entwurf oder Beschluß von der Behörde, deren Zustimmung nöthig ist, um ihn zum Gesetze zu erheben, angenommen wird, ohne daß gegen die Motivirung etwas erinnert worden wäre, so darf daraus wohl geschlossen werden, daß auch die Motive genehmigt worden seien, so daß diese, obgleich sie nicht selbst Gesetz sind, doch einen sicheren Anhaltepunct gewähren, das aus ihnen hervorgegangene Gesetz zu erklären. Weniger wichtig sind die von ständischen Commissionen oder von einzelnen Ständemitgliedern zur Begründung ihrer Anträge gegebenen Motive, wenn nicht aus der Weise, in welcher der Antrag angenommen wird, hervorgeht, daß die Annahme aus den gegebenen Motiven geschehen sei. Die Erklärung der Regierung oder der Stände, einen Entwurf oder einen Beschluß nur unter der Bedingung zu genehmigen, daß er in diesem oder jenem Sinne verstanden werde, giebt ebenfalls eine be-

legung aus unbestimmten, zweideutigen Gesetzen den Sinn herausfinden, den der Gesetzgeber gehabt hat [9]), und wenn er sich unrichtiger Ausdrücke bedient hat, nach welchen sich das Gesetz auf mehr oder weniger Fälle zu beziehen scheint, als auf welche es der Gesetzgeber bezogen haben wollte, entweder durch Restrictivauslegung oder Extensivauslegung den wahren Sinn des Gesetzes feststellen [10]).

---

stimmte Auslegungsnorm, wenn von dem anderen Theile kein Widerspruch gegen den bedungenen Sinn erhoben wird. Auch die Verwerfung eines Antrages kann für die Auslegung von Wichtigkeit sein, weil daraus geschlossen werden kann, daß der verworfene Antrag nicht an einer anderen Stelle des Gesetzbuches genehmigt sein werde. Vergl. über diese Puncte Mohl, über die Benutzung ständischer Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen im A. des C.R. 1842, S. 214 ff. und S. 340 ff., wo noch die zum Theil abweichenden Ansichten von Wächter und Mittermaier besprochen sind. Nur kann ich der Behauptung nicht beistimmen, die Mohl a. a. O. S. 350 aufstellt, daß die von den verschiedenen Factoren der Gesetzgebung angegommene Erklärung, einen Satz aus dem Grunde nicht in das Gesetz aufzunehmen, weil sich derselbe von selbst verstehe, einer gesetzlichen Anerkennung dieses Satzes gleich zu achten sei. Denn da die Motive nur ein Hülfsmittel der Auslegung und nicht selbst Gesetz sind, so fehlt es bei einem hinweggelassenen Satz an einem Gesetze, zu dessen Auslegung der Grund, daß sich der Satz von selbst verstehe, gebraucht werden könnte.

9) Ueber die Auslegung von Gesetzen, die wegen unbestimmten Ausdruckes mangelhaft sind, vergl. Savigny a. a. O. §. 36. Für das Strafrecht besonders wichtig ist die allgemeine Interpretationsregel, daß in dubio die benignior interpretatio anzunehmen ist. L. 56. 168 pr. 192. §. 1. D. de R. J. L. 17. L. 42. D. de poenis. XLVIII. 19.

10) Die Zulässigkeit der Extensivinterpretation im Strafrechte folgt aus dem unbestreitbaren Satze, daß der wahre Sinn des Gesetzes zur Anwendung kommen muß, und ist auch in unserer Zeit kaum mehr bestritten.

§. 11.

Von der Analogie im Strafrechte.

Die von der Extensivauslegung wesentlich verschiedene Analogie ist die Entscheidung eines Falles nach einem Gesetze, das nicht für denselben gegeben war. Die Analogie ist nothwendig, um die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen, da jedes positive Recht vollständig sein muß, und kein Fall unter dem Vorwande, daß dasselbe keine Entscheidung dafür biete, unentschieden bleiben darf [1]). Die Analogie beruht auf einer Schlußfolgerung aus dem Grunde, aus welchem die gesetzliche Entscheidung eines Falles hervorgegangen ist, indem, wenn der Grund dieser Entscheidung auf einen im Gesetz übergangenen Fall völlig paßt, für denselben in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Entscheidung die nämliche Entscheidung angenommen werden muß. Es geht aber aus dem eigenen Wesen der Analogie hervor, daß dieselbe im Strafrechte durchaus unzulässig ist. Denn es kann hier eine solche Lücke, die durch Analogie ausgefüllt werden müßte, gar nicht vorkommen.

Alle Strafgesetze können nur die beiden Fragen betreffen: ob eine Handlung überhaupt bestraft und in welchem Maße dieselbe bestraft werden solle. Hinsichtlich der ersten Frage kann auch nicht ein Mal scheinbar eine Lücke vorkommen, da die Vollständigkeit in dieser Beziehung in der Natur der Strafgesetzgebung liegt. Denn die Strafgesetzgebung kann nur diejenigen Handlungen ausdrücklich angeben, die strafbar sein sollen, nicht auch diejenigen, die straflos sein sollen. Aus dem Verzeichnisse der für strafbar erklärten Handlungen ergiebt sich aber deutlich und vollständig, welche

1) Vergl. v. Savigny a. a. O. §. 42.

Handlungen straflos sein sollen. Niemand wird es für eine Lücke in der Gesetzgebung halten, daß Handlungen, deren Strafloſigkeit schon das natürliche Gefühl eingiebt, nicht ausdrücklich für straflos erklärt worden sind. Ebenso wenig kann aber eine Lücke angenommen werden, wenn Handlungen nicht mit Strafe bedroht sind, die aus allgemeinen Gründen strafwürdig zu sein scheinen. Selbst wenn das Princip, aus welchem der Gesetzgeber eine andere Handlung für strafbar erklärt hat, die Strafbarkeit der im Gesetze übergangenen Handlung ergeben sollte, würde eine solche Lücke nicht angenommen werden können, da in jener Uebergehung immer die Erklärung des Gesetzgebers liegt, daß diese Handlung nicht bestraft werden solle [2]). Nur ist mit der Analogie

---

2) Die Criminalisten sind indessen keinesweges einverstanden darüber, daß hinsichtlich der angegebenen Frage keine Analogie Statt finde. Man pflegt zwischen Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie zu unterscheiden. Gesetzesanalogie nennt man die Anwendung einer Strafe auf eine im Gesetze nicht bedrohte Handlung, weil für die Bestrafung derselben die nämlichen Gründe sprechen, aus welchen in einem bestimmten einzelnen Gesetze eine andere Handlung mit Strafe bedroht ist. Unter Rechtsanalogie dagegen versteht man die Anwendung der Strafe auf eine Handlung, für deren Bestrafung die Gründe nicht ein Mal aus einem bestimmten einzelnen Gesetze, sondern nur aus dem sogenannten ganzen Geiste der Gesetzgebung hergeholt werden können. Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 41; Mittermaier §. 75 a. in Feuerbach's Lehrbuch. Die Mehrzahl der neueren Criminalisten ist für die Gesetzesanalogie, z. B. Wächter a. a. O., Abegg, Lehrbuch §. 18, Heffter, Lehrbuch §. 23, Marezoll, Lehrbuch S. 57. Sie berufen sich dafür zum Theil auf die Carolina, vorzüglich aber auf das römische Recht. In der Carolina Art. 104 ist vorgeschrieben, daß in Sachen oder derselben gleichen, in welchen das kaiserliche Recht keine peinliche Strafe setze, darwider auch von Richtern und Urtheilern keine solche erkannt werden solle. Diese Vorschrift bezieht sich aber gar nicht auf die Analogie und nicht ein Mal auf die Extensivinterpretation,

nicht zu verwechseln die Extensivauslegung eines Strafgesetzes, die dasselbe nicht auf übergangene, sondern gerade auf die von dem Gesetzgeber gemeinten Fälle bezieht, und deß-

---

und will Nichts Anderes sagen, als daß in keinerlei Sachen Jemand gegen die Vorschriften des römischen Rechtes mit peinlicher Strafe belegt werden solle. In L. 3—6. 10. 12. 13. 27. 32. D. de legibus 1. 3. wird nur anerkannt, daß die Analogie im Allgemeinen nothwendig sei, um Lücken der Gesetzgebung zu suppliren. Aber daraus folgt Nichts für die Analogie im Strafrechte, weil die Nichtbedrohung einer Handlung gar nicht für eine Lücke der Gesetzgebung angesehen werden kann. Die Stellen, welche Wächter a. a. O. Note 93, und Abegg a. a. O. Note 8 für die Gesetzesanalogie im Strafrechte anführen, handeln meistens nur von Extensivinterpretation, indem sie von Fällen sprechen, die zwar nicht nach den Worten, aber nach der sententia eines Gesetzes nach demselben bestraft werden müssen. Scheinbar für die Analogie sind nur solche Stellen, in welchen, wie in L. 7. §. 3. D. ad leg. Jul. majest. XLVIII. 4, im Gegensatze von einer Bestrafung ex scriptura legis, von einer Bestrafung ad exemplum legis die Rede ist. Aber mit dieser Bestrafung ad exemplum legis ist nicht eine von dem Richter zu machende analoge Anwendung eines Strafgesetzes gemeint, sondern die von der gesetzgebenden Gewalt ausgehende Ausdehnung eines Strafgesetzes auf Fälle, die ursprünglich nicht in demselben enthalten waren. Eine solche Ausdehnung, die durch Senatusconsulte und kaiserliche Rescripte oft gemacht wird, z. B. L. 3. §. 2. 3. 4. D. ad leg. Corn. de sicar. XLVIII. 8., L. 1. D. de lege Corn. de falsis XLVIII. 10, geht allerdings davon aus, daß Grund zu ihr vorhanden sei, wie am Ende jedes Gesetz seinen Grund haben muß: aber als Act der gesetzgebenden Gewalt ist sie eben keine Analogie. — In Ansehung der Rechtsanalogie sind die neueren Criminalisten bedenklicher, dieselbe zuzulassen; Heffter §. 22, Marezoll S. 57, Note 2. Dafür aber ist Abegg §. 18. Die von ihm angeführten L. 1. §. 1. D. si is qui testamento XLVII. 4. und L. 9. D. de extraordin. crimin. XLVII. 11. sprechen aber gar nicht von Analogie, sondern geben nur die Gründe an, aus welchen eine gesetzliche Bestimmung getroffen ist. Ebenso wenig folgt etwas aus Art. 105 der Carolina, wo nur vor-

wegen immer nothwendig ist, wenn derselbe seine Willensmeinung zu enge ausgedrückt hatte. Auch ist es keine Analogie, sondern nur Auslegung eines Gesetzes, wenn man

---

geschrieben ist, daß Richter und Urtheiler in Fällen, die in der Carolina übergangen oder nicht deutlich genug entschieden seien, sich Rath erholen sollen, wie der Carolina und dem römischen Rechte am Gemäßesten gehandelt werde. Daß übrigens zwischen Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie, wenn die erstere wirklich etwas von der Extensivauslegung Verschiedenes sein soll, kein eigentlicher Unterschied Statt findet, vergl. Escher, die Lehre vom strafbaren Betruge, 1840, S. 16, und Mittermaier §. 75 a. in Feuerbach's Lehrbuch. Viele verstehen aber unter Gesetzesanalogie in der That Nichts Anderes als Extensivauslegung, und können auch, wenn sie dieselbe für zulässig erklären und daneben die Rechtsanalogie verwerfen, Nichts Anderes darunter verstehen, weil außerdem Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie zusammenfallen, und beide entweder gestattet oder verworfen werden müßten. Das ist der Fall gewesen bei den Verhandlungen über das königlich Sächsische Strafgesetzbuch, nach dessen Entwurf Art. 1 alle Handlungen bestraft werden sollten, die in den Bestimmungen des Gesetzbuchs entweder ausdrücklich oder nach deren unverkennbaren Geist und Sinn mit Strafe bedroht seien. Nach den Anträgen und Beschlüssen der Kammern wurde in dem Gesetzbuche selbst der Artikel so gefaßt, daß nur Handlungen, die den Worten oder dem Sinne nach bedroht seien, bestraft werden sollten. Die Regierung trat dieser Fassung mit der Erklärung bei, daß die Gesetzesanalogie nicht ausgeschlossen sein solle, womit sich auch die Kammern einverstanden erklärten. Obgleich man nach diesen Verhandlungen annehmen muß, daß in dem Sächsischen Gesetzbuche Art. 1 die Gesetzesanalogie erlaubt sei, so ist doch, indem nicht nach dem Geiste, sondern nur nach dem Sinne des Gesetzes gestraft werden soll, nur Extensivauslegung darunter verstanden. Vergl. Mittermaier im A. des C.R. 1838, S. 4. In ähnlicher Weise sollen nach dem Braunschweigischen Gesetzbuche Art. 4 alle Handlungen strafbar sein, die entweder nach den Worten, oder nach dem Sinne, oder nach dem Grunde des einzelnen Gesetzes als unzweifelhaft darin enthalten anzusehen seien. Obgleich die Regierung

einen seiner Natur nach auf alle Verbrechen anwendbaren Grundsatz, der sich in der Gesetzgebung nur bei dem einen oder dem anderen Verbrechen angewendet findet, auch auf andere Verbrechen anwendet, so lange nicht besondere gesetzliche Gründe vorhanden sind, welche die Anwendung ausschließen. Denn es ist dabei nicht, wie bei der Analogie, die Rede von der Anwendung eines Gesetzes auf Fälle, von welchen man weiß, daß sie von dem Gesetzgeber nicht gemeint gewesen seien, sondern nur von der allgemeineren Anwendung eines Grundsatzes, die ihre Rechtfertigung darin findet, daß der Gesetzgeber in einem einzelnen Falle Anwendung davon gemacht hat [3]).

Hinsichtlich der anderen Frage, in welchem Maße eine Handlung strafbar sein solle, kann ebenfalls keine Lücke in der Gesetzgebung vorkommen, die durch Analogie ausgefüllt werden müßte. Wenn ein Mal der Gesetzgeber bestimmt hat, daß eine Handlung strafbar sein soll, muß er auch über die Größe der Strafe irgend eine Meinung gehabt haben. Es kann sein, daß die Ausdrucksweise des Gesetzgebers insofern mangelhaft ist, als das von ihm gewollte Strafmaß durch bloße grammatische Auslegung nicht gefunden werden kann. Die Auslegung muß alsdann den logischen und systematischen Gesichtspunct zu Hülfe nehmen, um die wahre

---

in den Motiven ausdrücklich erklärt, daß damit nicht bloß die logische Interpretation, sondern auch die Gesetzesanalogie für zulässig erklärt sei, so kann doch damit nur Extensivauslegung gemeint sein, da diese Alles, was unzweifelhaft im Gesetze enthalten ist, aufzusuchen hat.

3) So ist z. B. in der Carolina die größere Strafbarkeit des vorsätzlichen als des nicht vorsätzlichen Verbrechens, und die gleiche Strafbarkeit der Complottanten nur bei dem Verbrechen der Tödtung ausgesprochen.

Willensmeinung des Gesetzgebers zu erkennen: aber dieses Verfahren ist ebenfalls keine Analogie, da es sich dabei nicht davon handelt, eine Entscheidung über einen unentschieden gelassenen Punct zu geben, sondern nur davon, die Entscheidung, die der Gesetzgeber wirklich im Sinne gehabt, deutlicher und vollständiger, als von ihm geschehen, auszusprechen [4]).

§. 12.

Von den Hülfswissenschaften der Strafrechtswissenschaft.

Von Hülfswissenschaften der Strafrechtswissenschaft kann in zweifachem Sinne die Rede sein. Zuvörderst kann man darunter die Wissenschaften verstehen, die zur Erlernung des Strafrechtes nothwendig sind. Hierher gehören Theils das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie, Theils philologische und historische Kenntnisse. Das Naturrecht ist zwar keine Quelle des Strafrechts in dem Sinne, daß es in Ermangelung positiver Normen zur Anwendung kommen könnte, da in einem gegebenen Staate kein anderes als positives Recht Gültigkeit haben kann [1]): aber es könnte gar kein positives Strafrecht geben, wenn nicht die Rechtsphilosophie das Recht zu strafen zu begründen vermöchte. Auch sind in jedem positiven Strafrechte wegen seines Ursprungs aus dem natürlichen Strafrechte gewisse Sätze so nothwendig enthalten, daß es ohne dieselben gar nicht mehr Strafrecht sein würde [2]). Eine wissenschaftliche Auffassung des positiven

---

4) Mit Unrecht wird dieses Verfahren sehr häufig mit zur Analogie gerechnet, z. B. von Wächter, Lehrbuch §. 41, Note 94.

1) S. oben S. 5 und 6.

2) S. oben S. 141, Note 2.

Strafrechts ist daher nicht möglich, ohne daß man die philosophische Begründung desselben, die dem Naturrechte angehört, erkannt hat [3]). Philologische und geschichtliche Kenntnisse sind insofern Hülfswissenschaften des Strafrechtes, als ohne sie eine genügende Auslegung der Quellen nicht erreicht werden kann [4]).

In einem anderen Sinne nennt man Hülfswissenschaften der Strafrechtswissenschaft die Wissenschaften und Kenntnisse, die in einzelnen Fällen dem Richter nothwendig sind, um die Vorschriften des Strafrechtes richtig in Anwendung bringen zu können [5]). Die einzelnen Strafgesetze, deren Inbegriff das Strafrecht bildet, beziehen sich auf bestimmte Fälle menschlicher Handlungen, indem sie die strafrechtlichen Fol-

---

3) Dagegen ist die Criminalpolitik nicht eigentlich eine Hülfswissenschaft der Wissenschaft eines positiven Strafrechtes, obgleich sie häufig dafür ausgegeben wird. Die Criminalpolitik ist eine Wissenschaft de lege ferenda, und beschäftigt sich mit den Grundsätzen, nach welchen für einen gegebenen Staat aus Rücksicht auf seinen Culturzustand und seine gesammten Verhältnisse die Strafgesetzgebung am Besten einzurichten sei. Die Strafrechtswissenschaft ist vielmehr umgekehrt eine Hülfswissenschaft für die Criminalpolitik, die ohne dieselbe gar keinen festen Boden haben würde. (Die Litteratur über Criminalpolitik s. bei Kappler, Handbuch der Litteratur des C.R. §. 46.) Auch die Criminalpolizei, welche die Mittel aufsucht, Verbrechen zu verhüten und zu vermindern, ist nicht Hülfswissenschaft der Strafrechtswissenschaft, sondern der Criminalpolitik, und fällt in gewisser Hinsicht mit dieser zusammen. (S. Kappler a. a. O.) Ebenso verhält es sich mit der Criminalstatistik, welche die Nachweisungen über den Stand der Verbrechen und der Strafrechtspflege in gegebenen Staaten giebt. (Vergl. darüber Kappler a. a. O. §. 393.)

4) Vergl. die §. 10, Note 5 und 7 citirten Werke.

5) Vergl. Henke, Handbuch des Criminalrechts, erster Theil, S. 156.

gen angeben, die in diesen Fällen eintreten sollen. Die Bestimmung dieser Fälle gehört zwar dem Strafrecht an, und es ist die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, aus den Quellen desselben die Eigenschaften dieser Fälle zu erörtern; aber es gehören oftmals andere, nicht strafrechtliche Kenntnisse dazu, um zu entscheiden, ob der einzelne vorgekommene Fall der im Strafrechte gemeinte sei. Denn die Eigenschaften, wegen welcher ein Fall unter eine strafrechtliche Vorschrift gehört, sind Thatsachen und factische Zustände, zu deren Erkenntniß im einzelnen Falle die Kenntnisse nicht ausreichen können, die der Richter als Jurist und Mann von Bildung und gesundem Verstande haben muß. Eine erschöpfende Angabe der hierher gehörigen Kenntnisse ist nicht möglich, da bei keinem Zweige menschlichen Wissens die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß durch ihn ein für das Strafrecht wichtiger factischer Zustand aufgeklärt werden kann [6]). Für den Juristen läßt sich bloß das Princip aufstellen, daß er in allen Fällen, zu deren Aufklärung besondere Kenntnisse gehören, die einer besonderen Erlernung bedürfen, sich an sachverständige Personen wenden muß, um durch deren Gutachten die zur Entscheidung nöthige Ueberzeugung zu erhalten [7]).

---

6) So können z. B. theologische Kenntnisse dazu gehören, um zu beurtheilen, ob eine Handlung einen Angriff auf die Religion enthalte; medicinische, ob durch sie der Tod eines Menschen verursacht sei; kaufmännische, ob eine Waarenfälschung verübt sei, u. s. w.

7) Darnach beantwortet sich die Frage, deren nähere Erörterung in den Criminalproceß gehört, ob dem Richter eine Prüfung und Verwerfung des Gutachtens der Sachverständigen zustehe. Der Richter soll durch dasselbe eine Ueberzeugung erhalten, zu welcher er nur durch eine Prüfung der Gründe, auf welchen es beruht, gelangen kann. Darum

Vorzüglich häufig sind medicinische Kenntnisse zur Aufklärung strafrechtlicher Fälle nöthig, weßhalb auch die Anwendung der Medicin auf die Rechtspflege zu einer besonderen Wissenschaft der gerichtlichen Medicin, medicina forensis, ausgebildet worden ist [8]). Die Medicin kann in zweifacher Hinsicht für die Beurtheilung strafrechtlicher Fälle nöthig werden, Theils weil es in einzelnen Fällen in Frage kommen kann, ob die Zurechnungsfähigkeit eines Menschen durch eine geistige Krankheit aufgehoben sei [9]), Theils weil eine große Anzahl von Verbrechen gegen Leben und Gesundheit der Menschen gerichtet ist, und nur nach medicinischen Grundsätzen beurtheilt werden kann, ob und wie weit eine solche Verletzung begangen worden sei [10]).

---

muß er, wenn ihn diese Gründe nicht befriedigen, weitere Gutachten von Sachverständigen einholen.

8) Von Lehr- und Hand-Büchern der gerichtlichen Medicin sind vorzüglich zu bemerken: Henke, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin, 1812, 8. Ausgabe 1835, und Mende, ausführliches Handbuch der gerichtlichen Medicin, 6 Theile, 1829—1832. Die übrige Litteratur s. bei Kappler, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, S. 1165 ff.

9) Der hierauf bezügliche Theil der gerichtlichen Medicin ist die gerichtliche Psychologie oder die Criminalpsychologie, die auch als besondere Wissenschaft behandelt wird. Heinroth, Grundzüge der Criminalpsychologie, 1833. Friedreich, systematisches Handbuch der gerichtlichen Psychologie, 1835. Die übrige Litteratur bei Kappler a. a. O. §. 43.

10) Hierher gehört auch die gerichtliche Chemie, die vorzüglich bei Vergiftungen wichtig ist.

§. 13.

Litteratur der teutschen Strafrechtswissenschaft.

Die Litteratur des Strafrechts ist so reich, daß eine nur einiger Maßen vollständige Uebersicht derselben ein umfangreiches Werk ausfüllt. Dem längst gefühlten Bedürfnisse nach einem solchen Werke ist erst in neuester Zeit auf eine befriedigende Weise abgeholfen worden durch Kappler, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts und dessen philosophischer und medicinischer Hülfswissenschaften, 1838. In diesem Werke, welches mehr als 1200 Seiten in Lexikonformat umfaßt, sind nach dem Systeme des Feuerbach'schen Lehrbuches die seit dem Jahre 1800 erschienenen strafrechtlichen Bücher und Abhandlungen mit ziemlicher Vollständigkeit aufgeführt, während von der älteren Litteratur eine zweckmäßige Auswahl getroffen ist [1]).

Hier können von strafrechtlichen Schriften nur die bedeutenderen der auf das gesammte Strafrecht sich beziehenden genannt werden. Die wichtigeren Schriften, die nur einzelne Lehren des Strafrechtes zum Gegenstande haben, müssen bei der Darstellung dieser Lehren angeführt werden.

---

1) Die früheren Werke über Litteratur des Criminalrechtes, die Theils sehr unvollständig, Theils unvollendet geblieben, und überdieß jetzt zu veraltet sind, als daß sie noch sonderlichen Nutzen gewähren könnten, sind von Gruber, Versuch einer Bibliothek des teutschen, peinlichen und Lehn-Rechts, 1788; Blümner, Entwurf einer Litteratur des Criminalrechts in systematischer Ordnung, 1794; Brunner, Handbuch der Litteratur der Criminalrechtswissenschaft, 1804; Böhmer, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, 1816.

Eine Uebersicht der hier zu nennenden Litteratur kann nach folgenden Rubriken gegeben werden.

1) Practische Werke, in welchen das Strafrecht noch nicht zu einem Systeme verarbeitet, sondern mehr nach Anleitung der einzelnen Fälle, welche das Leben bietet, behandelt wird. Hierher gehören die §. 6, Note 12 angeführten italiänischen Practiker. Außerdem Jodocus Damhouder, Practica rerum criminalium, Antwerp. 1554, 4. edit. 1601. Benedict Carpzov, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, 1638, 13. edit. 1758 [2]). Oldenkopp, observationes criminales practicae congestae et in quinque titulos speciatim distributae cum appendice exemplorum injuste tortorum, 1654, 3. edit. 1689 [3]). J. S. F. Boehmer, observationes selectae ad B. Carpzovii practicam novam rerum criminalium, 1759 [4]).

2) Commentare zu den Quellen. Zu dem römischen Rechte: J. Harpprecht, tractatus criminalis, plenam et perspicuam aliquot titulorum institutionum explicationem complectens, 1609, 4. edit. 1615. Anton. Matthaeus commentarius ad L. XLVII et XLVIII. D. de criminibus cum succincta juris municipalis explicatione, 1644, 8. edit. cum notis Nani, 1803. Ejusdem disputationes VII de criminibus in

---

2) Ueber Carpzov und das fast gesetzliche Ansehen, das sein Werk lange Zeit behauptete, vergl. Böhmer, Handbuch der Litteratur des C.R. S. 507.

3) Das Werk ist hauptsächlich gegen Carpzov gerichtet, sowie auch von Oldenkopp noch tractatus duo contra B. Carpzovium herrühren, die hauptsächlich den Criminalproceß angehen.

4) Ebenfalls gegen Carpzov.

Matthaeus, disputationes 1660. Zu dem canonischen Rechte: Emanuel-Gonzalez Tellez, commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum decretalium Gregorii IX, 1699, zuletzt 1715. J. H. Böehmer, jus ecclesiasticum Protestantium, 1714—1736, 5 Bände, von welchen vorzüglich die beiden letzten hierher gehören. Zu der Carolina sind sehr viele Commentare erschienen, die aber mit wenigen Ausnahmen für unsere Zeit bloß von geschichtlichem Werthe sind: Vigelius, constitutiones Carolinae cum jure communi collatae, 1583, in späteren Ausgaben unter dem Titel: Constitutiones Carolinae judiciorum publicorum, 1613; Gilhausen, arbor judiciaria criminalis, 1606, 4. edit. 1662; Constitutiones criminales Caroli V cum jure communi collatae 1614 (von Petrus Musculus, s. Böhmer a. a. O. S. 63); Zieritz, notae et observationes nomico-politicae ad constitutionem criminalem, 1622, 3. edit. 1676; Stephanus, Caroli V constitutio publicorum judiciorum cum jure communi collata, 1626, 6. edit. 1702; Bullaeus, in Caroli V et S. R. J. criminales sanctiones, annotationes, remissiones et observationes practicae, 1631; Manzius, commentarius in criminalem sanctionem Carolinam rationalis, quatenus de processu criminali agitur, 1650; Blumblacher, commentarius in Kaiser Karl's V und des H. R. Reichs Halsgerichtsordnung, 1670, zuletzt 1716; Otto, corpus juris criminalis Caroli V, oder Kaiser Karl's V peinliche Halsgerichtsordnung mit Criminalconsilien und Anmerkungen, 1685; Clasen, commentarius in C. C. C. cura et studio Minneri, 1684, 4. edit. 1718; Kirchgessner, tribunal nemesis juste vindicantis, 1706; Ludovici, C. C. C. cum ordinatione criminali Bam-

bergensi et Brandenburgensi, 1707, 2. edit. 1716; Frölich v. Frölichsburg, Commentarius in Kaiser Caroli V und des H. R. Reichs Halsgerichtsordnung, 1709, mit dienlichen additamentis versehen durch Scopp, 1759; Beyer, delineatio juris criminalis secundum C. C. 1714, cum additionibus Mylii, 1727, zuletzt 1745; Kress, commentatio succincta in C. C. C. 1721, zuletzt 1786; Meckbach, Anmerkungen über Kaiser Karl's V und des H. R. Reichs Halsgerichtsordnung, 1756; Scopp, Karl's V und des H. R. Reichs peinliche Gerichtsordnung, 1758; J. S. Fr. Boehmer, meditationes in C. C. C. Accessit vetus ordinatio Bambergensis, Brandenburgensis, Hassica, 1770; Gerstlacher im eilften Bande seines Handbuches der teutschen Reichsgesetze, 1793. Die besten von diesen Commentaren sind die von Kreß und die beiden zuletzt genannten.

3) Ausführlichere Handbücher: Renazzi, elementa jur. criminal. IV tom. 1773—86. Cremani, de jure criminali libri tres, III tom. 1791—93. Kleinschrod, systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, 3 Theile, 1794, 3. Aufl. 1805. Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts, 2 Theile, 1770; 6. Auflage in 3 Bänden, deren erster von Klein, 1810, zweiter von Konopak, 1812, dritter von Roß 1821 besorgt ist. Ein vierter Band mit Nachträgen von Roß ist 1828 erschienen. Salchow, Darstellung der Lehre von Verbrechen und Strafen nach gemeinen Rechten, 2 Bände, 1804 u. 1805. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der teutschen Strafgesetzkunde, 4 Bde. 1806—10, 2. Aufl. in 3 Bänden 1822—24. Schröter, Handbuch des peinlichen Rechts nach römischen,

canonischen und teutschen Reichsgesetzen in ihrer heutigen Anwendung, 1818 [5]). Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 4 Theile, 1825—1839. Wirth, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der Strafgesetzgebung, 1—3ter Band, 1823; auch unter dem Titel: Kritik der Strafrechtstheorieen [6]). Jarke, Handbuch des gemeinen teutschen Strafrechts, mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preussischen, östreichischen, bayerischen und französischen Strafgesetzgebung, 4 Bände, 1827 bis 1839. Schaffrath, Grundwissenschaft des Rechts und insbesondere des Strafrechts nach gemeinem teutschen Rechte und den neuen Strafgesetzbüchern, 1841 (bis jetzt 2 Hefte).

4) Lehrbücher: Gaertner, institutiones juris criminalis, 1729. Boehmer, elementa jurisprudentiae criminales, 1733, 6. edit. 1794. Kemmerich, Synopsis juris criminalis, 1733, 3. edit. 1777. Engau, elementa juris criminalis Germanico-Carolini, 1738, 7. edit. 1778. Ch. Fr. G. Meister, principia juris criminalis Germaniae communis, 1755, 5. edit. 1780. Koch, institutiones juris criminalis, 1758, 9. edit. 1791. Püttmann, elementa juris criminalis commoda methodo adornata, 1779, 2. edit. von Biener 1802. G. Jac. Fr. Meister, principia juris criminalis Germaniae communis, 1789, 5. edit. 1811. Stelzer, Lehrbuch des teutschen Criminalrechts, 1793. Klein, Grundsätze des gemeinen teutschen und preussischen Criminalrechts, 1796, 2. Ausgabe 1799. Grol-

5) Ist nur ein Band erschienen, der einen Theil des allgemeinen Theiles enthält.

6) Ist ebenfalls unvollendet geblieben.

man, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1798, 4te Auflage 1825. Tittmann, Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der teutschen Strafgesetzkunde, 1800. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Teutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, 13. Auflage mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegeben von Mittermaier, 1840. Salchow, Lehrbuch des gemeinen positiven peinlichen Rechts, mit besonderer Rücksicht auf das preussische Recht, 1807, 3. Ausgabe 1823. Dabelow, Lehrbuch des gemeinen teutschen peinlichen Rechts, 1807. Henke, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1815. Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalrechts, 1820, 2. Auflage 1829. Roßhirt, Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des teutschen gemeinen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Rechts, 1821. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, 2 Theile, 1825 und 1826. Abegg, System der Criminalrechtswissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und preussische Criminalrecht, 1826. Bauer, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1827, 2. Auflage 1833. Klenze, Lehrbuch des gemeinen Strafrechts, ein Grundriß aus den Quellen des römischen, canonischen und germanischen Rechts, 1833. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf die nicht exclusiven Landesrechte, 1833, 2. Aufl. 1840. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836. Marezoll, das gemeine teutsche Criminalrecht, als Grundlage der neueren teutschen Strafgesetzgebungen, 1841.

5) Zeitschriften, welche für Abhandlungen aus dem Gebiete der gesammten Strafrechtswissenschaft bestimmt sind: Archiv des Criminalrechts (gewöhnlich das alte Archiv genannt), herausgegeben von Klein, Kleinschrod

und Konopak (vom dritten Bande an), 7 Bände, 1798 bis 1810. Neues Archiv des Criminalrechts von Kleinschrod, Konopak und Mittermaier, vom 8ten Bande an von Konopak, Mittermaier und Roßhirt, zu denen seit dem 12ten Bande Wächter, und seit dem 13ten Bande, nachdem Konopak und Roßhirt ausgeschieden, Abegg, Heffter und Birnbaum hinzugetreten sind, 14 Bände, 1816—1833. Archiv des Criminalrechts neue Folge in Jahrgängen von 1834 an, bis jetzt 8 Bände, von den Herausgebern des neuen Archivs, zu welchen seit dem Jahrgange 1838 noch Zachariä hinzugekommen ist. Von früheren, jetzt eingegangenen Zeitschriften sind zu erwähnen: Bibliothek des peinlichen Rechts, 1. Band 1799, herausgegeben von Grolman, 2. Band, 1800, herausgegeben von Almendingen, Grolman und Feuerbach. Criminalistische Beiträge von Hudtwalker und Trummer, 3 Bände, 1824—27.

7) Sammlungen und Bearbeitungen von Strafrechtsfällen: Ch. F. Meister, Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen, 5 Bände, 1771—1785. Klein, merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät, 5 Bände, 1796—1802. J. Ch. F. Meister, Urtheile und Gutachten in peinlichen und anderen Straffällen, 1808. Feuerbach, merkwürdige Criminalrechtsfälle, 2 Bände, 1808 und 1811; Derselbe, actenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen, 2 Bände, 1828 und 1829. Pfister, merkwürdige Criminalrechtsfälle, 5 Bände, 1804 bis 1820. Schirach, Criminalrechtsfälle, 1815. Tittmann, Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle, 1815. Bischoff, merkwürdige Criminalrechtsfälle, vier Bände, 1832—1840. Bauer, Strafrechtsfälle, vier Bände, 1835—1839. Wendt, die teutsche Facultäts-

praxis in Strafrechtsfällen, 1836. Scholz der Dritte, merkwürdige Strafrechtsfälle, 2 Bände, 1840 und 1841. Hitzig, Annalen der teutſchen und ausländiſchen Criminalrechtspflege, 17 Bände von 1828 — 1833, ſeit 1837 fortgeſetzt von Demme (und Klunge), bis jetzt zehn Bände.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Verbrechen.

Erste Abtheilung.

Begriff und Thatbestand des Verbrechens.

Erstes Capitel.

Begriff und Eintheilungen des Verbrechens in formaler Beziehung.

§. 14.

Unterschied des formalen Begriffes von dem materialen. Formaler Begriff des Verbrechens.

Der Begriff des Verbrechens besteht aus den Merkmalen, welche dasselbe von dem unterscheiden, was nicht Verbrechen ist. Diese Merkmale können in formale und in materiale unterschieden werden. Die formalen Merkmale sind diejenigen, welche das Verbrechen äußerlich als solches bezeichnen, so daß deren Mangel den äußeren formalen Beweis giebt, daß kein Verbrechen vorhanden sei. Da aber das Verbrechen nicht äußerlich als solches erscheinen kann, wenn es nicht in der That vorhanden ist, so ist bei diesen formalen Merkmalen nothwendig das Dasein materialer Merkmale des Verbrechens vorausgesetzt, in welchen der Grund liegt, daß dasselbe mit jenen formalen Merkmalen bekleidet ist und deßwegen als Verbrechen erscheint. Nach dieser Verschiedenheit der Merkmale des Verbrechens kann ein formaler und ein materialer Begriff desselben aufgestellt werden. Der formale Begriff faßt dasselbe auf nach dem äußeren Merkmale, an

welchem es als Verbrechen erkannt werden kann, der materiale nach dem Grunde, aus welchem es Verbrechen ist. Das Verhältniß des formalen Begriffes zu dem materialen muß darin bestehen, daß beide Begriffe bei jeder Handlung, die Verbrechen sein soll, zusammentreffen müssen in der Weise, daß eine Handlung, die nicht unter den einen subsumirt werden kann, darum auch nicht unter den anderen gehören kann, und daß umgekehrt jede Handlung, die unter den einen Begriff gehört, darum auch unter den anderen gehören muß [1]).

---

1) In den Lehrbüchern pflegt bei der Definition des Verbrechens nicht zwischen dem formalen und dem materialen Begriff unterschieden, sondern nach dem formalen und materialen Gesichtspuncte zugleich definirt zu werden. So definiren: Feuerbach, Lehrbuch §. 21, das Verbrechen als eine unter einem Strafgesetze enthaltene Beleidigung, oder eine durch ein Strafgesetz bedrohete, dem Rechte eines Anderen widersprechende Handlung; Martin, Lehrbuch §. 67, als eine Zwangspflichtverletzung, durch welche ein Recht zu ihrer Bestrafung begründet werde; Abegg, Lehrbuch §. 63, als den Bruch des Rechtes oder die Uebertretung des Strafgesetzes durch ein zuzurechnendes, also schuldhaftes Benehmen, welches die Nothwendigkeit der Strafe herbeiführe; Heffter, Lehrbuch §. 29, als ein schuldhaftes Handeln wider gemeinheitliche unerläßliche Rechtsanforderungen des Staates, wobei nach dem in demselben gültigen Rechte eine wirkliche Strafe gegen den Handelnden begründet sei; Marezoll, Lehrbuch §. 16, als eine widerrechtliche, wegen ihrer Gemeingefährlichkeit mit öffentlicher Strafe bedrohte Handlung. — Diese Art zu definiren unterliegt aber dem Vorwurfe, daß sie, weil sowohl die formale als die materiale Definition für sich allein den Begriff des Verbrechens erschöpft, etwas Ueberflüssiges enthält, wodurch der Begriff selbst getrübt wird. Denn nach den angegebenen Definitionen, welche nicht die mit Strafe bedrohte Handlung oder Unterlassung schlechtweg, sondern nur die Beleidigung, Zwangspflichtsverletzung u. s. w. die mit Strafe bedroht sei, für Verbrechen erklären, können die nicht mit Strafe bedroheten Beleidigungen, Zwangspflichtsverletzungen u. s. w. nicht für Verbrechen gehalten werden. Obgleich das an und für sich ganz richtig ist, so ist es doch eben deßwegen nicht allein überflüssig, die bedrohte Handlung als Beleidigung u. s. w. zu be-

In der wissenschaftlichen Darstellung eines positiven Strafrechtes muß aber von dem formalen Begriffe des Verbrechens ausgegangen werden, weil dasselbe nur durch das positive Recht seine formale Eigenschaft erhält und erst daraus entnommen werden kann, welche Handlungen im positiven Strafrechte die materiale Eigenschaft des Verbrechens haben. Nach dem formalen Begriffe ist Verbrechen jede Handlung oder Unterlassung, die nach Vorschrift des in einem Lande gültigen Strafrechtes mit Strafe belegt werden muß [2]). Das Straf-

---

zeichnen, sondern auch schädlich für die Reinheit des Begriffes, weil durch solche Bezeichnung ein Grund angedeutet wird, aus welchem die Handlung mit Strafe bedroht sei, während in der Definition selbst anerkannt zu sein scheint, daß nicht alle Handlungen, bei welchen dieser Grund zutrifft, mit Strafe bedroht seien. Vergl. auch meine Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, Band II. S. 135 ff.

2) L. 131. §. 1. D. de V. S. (L. 16.) „... poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel alio jure imposita est." Auch die Bestrafung einer Handlung als crimen extraordinarium macht davon keine Ausnahme, da dieselbe keineswegs von dem bloßen Ermessen der Beamten abhing; vergl. oben S. 117, Note 10. Carolina Art. 104: „Aber sonderlich ist zu merken, inn was sachen (oder derselben gleichen) unser Keyserlich recht keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib oder glidern setzen, oder verhengen, daß Richter und urtheyler darwider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen." Aehnlich Art. 105. Ebenso ist in den neueren Strafgesetzbüchern anerkannt, daß keine Handlung bestraft werden dürfe, der nicht gesetzlich Strafe gedroht sei. Allgemeines L.R. für die preuss. St. II. Tit. 20, §. 9. Oestreich. G.B. Einleitung, Nr. VI u. VII. Bayer. G.B. Art. 1 u. 2. Sächs. G.B. Art. 1. Würt. G.B. Art. 1. Braunschw. G.B. §. 4. Hannov. G.B. Art. 6. Hess. G.B. Art. 1. Die neuen Gesetzbücher bedienen sich zwar nicht für jede mit Strafe bedrohte Handlung des Ausdruckes Verbrechen, sondern gebrauchen, wie es auch der Sprachgebrauch des Lebens thut, auch die Ausdrücke Vergehen, Uebertretung, Contravention u. s. w. namentlich um leichtere Arten von Verbrechen zu bezeichnen, die mit geringerer Strafe bedroht sind, oder von anderen Behörden als von den

recht, nach welchem gewisse Handlungen oder Unterlassungen bestraft werden müssen, kann Theils in ausdrücklichen Strafgesetzen, Theils im Gewohnheitsrechte bestehen [3]). Schon im gemeinen Strafrechte sind es bei Weitem zum größten Theile ausdrückliche Gesetze, nach deren Vorschrift gewisse Handlungen oder Unterlassungen als Verbrechen angesehen werden müssen. Aber es fehlt auch nicht an Beispielen, daß die Strafbarkeit gewisser Handlungen und folglich ihre Eigenschaft als Verbrechen nur auf Gewohnheitsrecht beruht [4]). Jedes Falles muß es dem Principe nach anerkannt werden, daß auch nach bloßem Gewohnheitsrechte Handlungen Verbrechen sein können. Bei den neuen Strafgesetzbüchern ist man durchaus von dem Gedanken ausgegangen, daß in den-

---

für die schwereren Verbrechen bestellten zur Untersuchung und Strafe gezogen werden. Vergl. darüber unten §. 20 und 21. Allein es findet zwischen den Handlungen der einen Art und denen der anderen Art bloß ein Unterschied der Strafe und des Verfahrens, nicht des Begriffes Statt, da sowohl die mit schwerer als die mit leichter Strafe bedrohten Handlungen das charakteristische Merkmal haben, daß sie mit Strafe bedroht sind.

3) S. oben §. 8, Nr. 2.

4) Z. B. Hausfriedensbruch, der, soweit er nicht unter den Begriff des crimen vis subsumirt werden kann, nach den Gesetzen nur als Injurie bestraft werden könnte, während er nach Gewohnheitsrecht härter bestraft wird; vergl. Wächter, Lehrbuch §. 131; Heffter, Lehrbuch §. 357; Gesundheitsverletzungen, die, wenn sie nicht als crimen vis aufgefaßt werden können, nach den Gesetzen nur als Injurie bestraft werden könnten, während sie nach Gewohnheitsrecht als ein besonderes strafbares Verbrechen angesehen werden, wenn der Gesichtspunct der verletzten Gesundheit den der verletzten Ehre zu überwiegen scheint; vrgl. Wächter a. a. O. §. 174. Auch die sogenannte unfreiwillige Schwächung, stuprum nec violentum nec voluntarium, die ihrem Begriffe nach nicht Nothzucht ist, aber in der Praxis auch nicht als bloßes einfaches stuprum bestraft wird (vergl. Wächter a. a. O. §. 135.), ist ein Beispiel eines auf Gewohnheitsrecht beruhenden Verbrechens.

ſelben ein vollſtändiges Verzeichniß der ſtrafbaren Handlungen enthalten, und daß mit ihnen das geſammte bisherige ſowohl auf Geſetz als auf Gewohnheit beruhende Strafrecht aufgehoben ſein ſolle [5]). Daher kann nach den neuen Geſetzbüchern allerdings keine Handlung für ein Verbrechen gehalten werden, deren Strafbarkeit nicht entweder aus den Worten oder aus dem Sinne eines in denſelben ſtehenden Strafgeſetzes hergeleitet werden kann [6]). Aber wie durch kein neues Geſetz zukünftiges Recht mit Erfolg zum Voraus für ungültig erklärt werden kann, ſo darf auch die rechtliche Möglichkeit nicht in Abrede geſtellt werden, daß unter der Herrſchaft eines neuen Strafgeſetzbuches eine Handlung nach bloßem Gewohnheitsrechte Verbrechen ſein kann [7]).

§. 15.

Von der Strafbarkeit, als dem formalen Merkmale des Verbrechens.

Das äußere formale Merkmal, an welchem eine Handlung als Verbrechen erkannt werden kann, iſt daher ihre in dem poſitiven Strafrechte ausgeſprochene Strafbarkeit. Dieſelbe beſteht in derjenigen Eigenſchaft der Handlung, daß ſie die in der Strafbedrohung gemeinte iſt und deßwegen mit

---

5) Soweit nicht in den Publicationspatenten zu dieſen Geſetzbüchern ausdrückliche Ausnahmen gemacht ſind, wie das meiſtens der Fall iſt hinſichtlich der Militärſtrafgeſetze, der akademiſchen Strafgeſetze, der Geſetze wegen Steuer-, Zoll-, Forſt- und Jagd-Contraventionen, der Disciplinargeſetze in den verſchiedenen Zweigen der Staats-, Kirchen- und Gemeinde-Verwaltung, und der wegen polizeilicher Vergehungen vorhandenen Strafbeſtimmungen.

6) Ueber die zu dieſem Zwecke vorzunehmende Auslegung der Strafgeſetze vergl. oben §. 10.

7) Vergl. oben §. 8, Note 8.

der geſetzlichen Strafe belegt werden muß [1]). Durch dieſe Strafbarkeit unterſcheidet ſich das Verbrechen von anderen verwerflichen Handlungen, die zwar dem Philoſophen und Criminalpolitiker ſtrafwürdig erſcheinen können, aber ohne die Strafbarkeitserklärung nicht Verbrechen ſind [2]). Denn wie das Verbrechen die Strafe als rechtliche nothwendige Folge nach ſich zieht, ſo liegt auch immer in dem Umſtande, daß eine Handlung in dem poſitiven Rechte nicht für ſtrafbar erklärt iſt, der Beweis, daß ſie in dem Staate nicht für verbrecheriſch gelte. Die Strafbarkeit einer Handlung kann immer nur auf der in dem poſitiven Rechte anerkannten Nothwendigkeit beruhen, daß dieſelbe in der von dem Geſetze vorgeſchriebenen Weiſe beſtraft werden müſſe. Je deutlicher die Anerkennung dieſer Nothwendigkeit in das rechtliche Bewußtſein getreten iſt, deſto weniger kann es das Strafrecht von individueller Willkür abhängen laſſen, ob eine Handlung über-

---

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 80. Heffter, Lehrbuch §. 89 u. 90. Marezoll, Lehrbuch §. 21, der ſich indeſſen nicht ganz richtig ausdrückt, wenn er das Strafgeſetz das äußere Merkmal des Verbrechens nennt, da ein Geſetz nicht das Merkmal einer Handlung ſein kann.

2) In einer vollkommenen Geſetzgebung muß zwar die ſtrafbare Handlung mit der ſtrafwürdigen zuſammenfallen, weil der Grund der Strafbarkeit nur in der Strafwürdigkeit liegen kann: aber im gegebenen Staate, wo nur poſitives Recht gelten kann, kann nur aus der Strafbarkeit entnommen werden, welche Handlungen in demſelben für ſtrafwürdig gehalten worden ſind. Darum können keine ſogenannten natürlichen Verbrechen angenommen werden in dem Sinne, daß eine aus philoſophiſchen Gründen zwar ſtrafwürdige, aber im poſitiven Rechte nicht für ſtrafbar erklärte Handlung mit Strafe belegt werden könnte. Vergl. Hepp, Verſuche über einzelne Lehren der Strafrechtswiſſenſchaft, Abhandl. 2, S. 26 ff. Koenigswaerter de juris criminalis placito: nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali, Amstelod. 1835, p. 136. Birnbaum, im Archiv des C.R. neue Folge, Jahrgang 1836, S. 560 ff.

haupt und in welchem Maße dieselbe bestraft werden solle. Daher ist es in dem teutschen Strafrechte als Regel anerkannt, daß es nicht auf die Anklage des Einzelnen, namentlich des durch das Verbrechen Verletzten ankomme, ob es zur Bestrafung gezogen werden solle, sondern daß von Amtswegen zur Untersuchung der Verbrechen geschritten werden müsse [3]). Nur bei wenigen Verbrechen ist in dem teutschen Rechte die Strafbarkeit nicht in dieser unbedingten Nothwendigkeit vorgeschrieben, sondern durch die Voraussetzung bedingt, daß von dem Verletzten Klage erhoben werde [4]). Aber auch bei diesen Ausnahmen, die ihren Grund haben Theils in der Rücksicht, daß es bei manchen Verbrechen eine neue Verletzung für den Verletzten sein würde, wenn das ihm angethane Unrecht gegen seinen Willen durch eine gerichtliche Verhandlung offenkundig gemacht würde, Theils in dem Umstande, daß bei manchen Verbrechen erst die Anklage den Beweis zu liefern scheint, daß das Verbrechen wirklich begangen worden, ist es immer das Gesetz und nicht die Willkür des Einzelnen, worin die Strafbarkeit ihren Grund hat. Denn wenn es gleich dabei in die Willkür des Einzelnen gestellt ist, ob er Anklage erheben will oder nicht, so kann er darum doch nicht an dem durch das Gesetz bestimmten Maße der Strafe nach seinem Willen etwas verändern [5]). Dagegen ist es keine

---

3) S. oben §. 26.

4) Z. B. bei der Nothzucht, der Entführung, dem Ehebruche, den Injurien und dem Familiendiebstahle. Vergl. Müller, Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalprocesses, 1837, §. 75.

5) In der früheren Praxis wurde zwar bei dem Ehebruche häufig erkannt, daß der Ehebrecher, wenn ihm seine Ehefrau verzeihen und ferner ehelich bei ihm wohnen wolle, dem heiligen Ehestande zu Ehren mit der Todesstrafe verschont und nur mit Landesverweisung belegt werden solle. Vergl. Carpzov, Practica nova rerum criminalium,

Strafbarkeit im eigentlichen Sinne, wenn die nachtheiligen Folgen, von welchen eine Handlung begleitet sein kann, sowohl hinsichtlich ihres Eintretens überhaupt als auch ihres Maßes von der Willkür eines Einzelnen abhängen, oder einem Einzelnen zu Gute kommen. Wenn auch der Sprachgebrauch des Lebens und der Gesetze sich für diese nachtheiligen Folgen hin und wieder des Ausdruckes Strafe bedienen mag, so sind sie doch keine Strafe im eigentlichen Sinne, ebenso wenig als die Handlungen, welche sie nach sich ziehen, Verbrechen genannt werden können [6]).

---

pars II. qu. 55. Man ist aber jetzt wohl darüber einverstanden, daß die Verzeihung nicht in solcher Weise ein Milderungsgrund sein könne. Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 214, Note 65.

6) Hierher gehören zunächst die sogenannten Privatstrafen, die Geldstrafen waren, auf welche nach römischem Rechte bei den Privatdelicten von den Betheiligten geklagt werden konnte; (vergl. über die Privatdelicte unten §. 18, und meine Abhandlungen, Band II. S. 144). Obgleich die Größe dieser Strafen durch die Gesetze regulirt war, so stand es doch dem Kläger ohne Zweifel frei, dieselben Theilweise zu erlassen. Die privatrechtliche Natur dieser Strafen liefert den Beweis, daß die Handlungen, durch welche sie verwirkt werden, noch nicht in ihrer eigentlichen Strafbarkeit anerkannt waren, wie auch im ältesten teutschen Rechte die Verbrechen, durch welche Einzelne in ihren Rechten verletzt werden, Privatverbrechen waren, welche durch die compositio gesühnt werden konnten (vergl. oben §. 21. der Einleitung). Ferner gehört hierher die Züchtigung (vergl. oben §. 1, Note 1 der Einleitung). Daß auch die sogenannten Conventionalstrafen, weil sie ihren Grund nur in der Willkür der Parteien haben, und die Ungehorsamsstrafen im Civilprocesse, wenn man sie auch nicht lediglich aus einem Verzichte herleiten will, weil es in der Willkür des Anderen steht, ob und wieweit er von den Vortheilen, die ihm der Ungehorsam des Gegners bringen kann, Gebrauch machen will, keine eigentlichen Strafen sind, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

§. 16.

Eintheilungen des Verbrechens in formaler Beziehung im Allgemeinen.

1) Unterschied der formalen Eintheilungen von den materialen.

Eintheilungen des Verbrechens können insofern gemacht werden, als die in dem Begriffe desselben enthaltenen Merkmale unter verschiedenen Modificationen vorkommen können. Wie diese Merkmale Theils formale, Theils materiale sind, so lassen sich auch Eintheilungen des Verbrechens sowohl in formaler als in materialer Beziehung machen [1]). Mit diesen Eintheilungen oder vielmehr mit den verschiedenen Verbrechensclassen, die durch dieselben aufgestellt werden können, dürfen aber nicht verwechselt werden die verschiedenen Weisen, in welchen die Verbrechen begangen werden können. Wenn man auch nach diesen verschiedenen Weisen verschiedene Benennungen der Verbrechen beobachten kann, so liegen doch darin keine eigentlichen Eintheilungen derselben. Denn diese verschiedenen Weisen sind nicht Modificationen der in dem Begriffe des Verbrechens enthaltenen Merkmale, sondern nur verschiedene Erscheinungsformen, in welchen die verschiedenen Verbrechen, ungeachtet sie in verschiedene der nach jenen Eintheilungen zu machenden Verbrechensclassen gehören, in gleicher Weise vorkommen können [2]). Da der materiale Begriff

---

1) S. oben §. 14.

2) Gewöhnlich wird unter den Eintheilungen des Verbrechens mit aufgeführt die Eintheilung in dolose und in culpose, in vollendete und in versuchte Verbrechen. Allein diese Unterschiede sind nicht verschiedene Verbrechensclassen, sondern verschiedene Weisen, in welchen die in die verschiedenen Verbrechensclassen gehörigen Verbrechen begangen werden können. Von diesen verschiedenen Weisen kann erst weiter unten, im dritten Capitel dieser Abtheilung die Rede sein; ebenso von der gewöhnlich gemachten Eintheilung in formale und materiale und in determinirte

des Verbrechens erst weiter unten entwickelt werden kann, so kann auch von den materialen Eintheilungen desselben erst später die Rede sein [3]). Die formalen Eintheilungen des Verbrechens sind herzunehmen von den verschiedenen Modificationen, unter welchen das formale Merkmal desselben, die Strafbarkeit, vorkommt. Denn die verschiedenen Verbrechen sind nicht sämmtlich in gleicher Weise strafbar. Die Strafbarkeit derselben ist vielmehr verschieden Theils nach der Art und Größe der Strafe, mit welcher sie belegt werden, Theils nach den Gesetzen, in welchen sie ausgesprochen ist, Theils nach den Behörden, welche sie zu erkennen haben. Diese Verschiedenheiten der Strafbarkeit können allerdings nicht ohne Grund in der Gesetzgebung angeordnet sein. Da aber bei denselben gleichmäßig vorausgesetzt ist, daß Strafbarkeit überhaupt begründet sei, so hängen sie an und für sich nicht nothwendig zusammen mit dem Grunde, auf welchem die Strafbarkeit im Allgemeinen beruht. Ein solcher Zusammenhang würde nur vorhanden sein, wenn dieser Grund nicht bei allen Verbrechen der nämliche wäre, und wenn jene Verschiedenheiten der Strafbarkeit nach der Verschiedenheit dieses Grundes, von welcher die materialen Eintheilungen des Verbrechens herzunehmen sind, angeordnet wären. Da dieses allerdings Theilweise der Fall ist, so werden insoweit die nach der Verschiedenheit der Strafbarkeit aufzustellenden formalen Eintheilungen unten bei den materialen Eintheilungen des Verbrechens in ihrer materialen Bedeutung wieder zur Spra-

---

und vage Verbrechen, da dieselbe mit der Eintheilung in vollendete und in versuchte Verbrechen zusammenhängt. Auch die gewöhnlich gemachte Eintheilung in Begehungsverbrechen und in Unterlassungsverbrechen gehört nicht unter die eigentlichen Eintheilungen des Verbrechens, wie im zweiten und dritten Capitel dieser Abtheilung gezeigt werden wird.

3) Im zweiten Capitel dieser Abtheilung.

che kommen müssen. Da aber jene Verschiedenheiten der Strafbarkeit zum Theil auch auf anderen Gründen beruhen, so müssen jedes Falles die formalen Eintheilungen des Verbrechens von den materialen auseinander gehalten werden. Obgleich die Bedeutung der materialen Eintheilungen des Verbrechens weit größer ist als die der formalen, so ist doch auch die Kenntniß der letzteren nothwendig, Theils um den Sprachgebrauch der Gesetze sowohl als der Wissenschaft zu verstehen, Theils um eine Uebersicht der verschiedenen Arten der Strafbarkeit zu erhalten.

§. 17.

2) Formale Eintheilungen der Verbrechen im Besonderen.

a) Eintheilung in delicta juris naturalis und juris civilis.

Diese in den Lehrbüchern häufig gemachte Eintheilung kann insofern unter die formalen Eintheilungen des Verbrechens gerechnet werden, als sie sich wenigstens scheinbar auf eine Verschiedenheit der Quellen bezieht, aus welchen die Strafbarkeit der verschiedenen Verbrechen hergeleitet werden kann. Sie gründet sich auf die von einzelnen römischen Juristen ausgesprochene Bemerkung, daß es Verbrechen gebe, deren Verwerflichkeit schon das natürliche Gefühl oder der gesunde Verstand erkenne, während dieselbe bei anderen Verbrechen nur in den eigenthümlichen Verhältnissen und Ansichten eines gegebenen Volkes ihren Grund habe [1]). Eine

1) L. 42. D. de R. J. (L. 16.) „Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et more civitatis: ut puta furtum, adulterium natura turpe est; enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis; nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere." L. 1. §. 3. D. de furtis. (XLVII. 2.) Viele, z. B. Feuerbach, Lehrbuch §. 86,

praktische Bedeutung haben die Römer mit dieser Eintheilung nicht verbunden [2]), wie sich schon daraus ergiebt, daß sie unterlassen haben, sich näher darüber zu erklären, welche Verbrechen in die eine oder in die andere Classe gehören [3]). Namentlich hatte diese Eintheilung nicht die Bedeutung, daß es keiner weiteren positivrechtlichen Anerkennung der Strafbarkeit bedurft hätte, um die delicta juris naturalis mit Strafe belegen zu können [4]). Da aber bei diesen Verbrechen ebenso gut als bei den delicta juris civilis die Strafbarkeit in dem positiven Rechte ausgesprochen sein mußte, läßt sich nicht anerkennen, daß dieser Eintheilung in Wirklichkeit eine Verschiedenheit der Quelle, aus welcher die Strafbarkeit hergeleitet werden muß, zu Grunde liege, und daß also die Eintheilung selbst in Wahrheit eine formale sei. Ebenso wenig hängt diese Eintheilung zusammen mit einer Verschiedenheit

---

Note a, Roßhirt, im neuen Archiv des C.R. IX. S. 507, Abegg, Lehrbuch, S. 95, nehmen delicta juris naturalis mit delicta juris gentium für gleichbedeutend, wozu die eine bei dem Verbrechen des Inceſtes vorkommende Unterscheidung zwiſchen incestus juris gentium und juris civilis die Veranlaſſung gegeben. L. 38. §. 2. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) Vergl. dagegen Birnbaum, im neuen A. des C.R. XI. S. 101 ff. S. 118, und neue Folge des Archivs, Jahrgang 1836, S. 560 ff.

2) Mehrere Criminaliſten, z. B. Feuerbach, Lehrbuch §. 86, Note a, legen dieſer Eintheilung die Bedeutung bei, daß bei den delicta juris gentium Rechtsunwiſſenheit nicht entſchuldigt werde, während dieſelbe bei den delicta juris civilis wenigſtens gewiſſen Perſonen zu Gute komme. Vergl. dagegen vorläufig Birnbaum a. a. O., und unten Abtheilung 2, Cap. 1 die Lehre von error und ignorantia.

3) Ein Verzeichniß der delicta juris naturalis ſucht aufzuſtellen Roßhirt a. a. O. S. 508—514, aber weniger nach Belegen aus den Quellen, als nach allgemeinen Anſichten über die natürliche Verwerflichkeit und Strafwürdigkeit der verſchiedenen Verbrechen.

4) Vergl. oben §. 14, Note 2.

des Grundes, aus welchem die Strafbarkeit der in die eine oder andere Classe gehörigen Handlungen in dem positiven Rechte anerkannt ist. Denn die Handlungen, deren Verwerflichkeit schon das natürliche Gefühl ergiebt, sind bei einem gegebenen Volke doch nur darum verwerflich, weil ihre Verwerflichkeit auch in seinem Gefühle anerkannt ist, was hinsichtlich der delicta juris civilis in derselben Weise der Fall ist. Daher kann diese Eintheilung auch in materialer Beziehung nicht für eine eigentliche Eintheilung gelten, wie denn auch die römischen Juristen gar nicht sagen, daß in ihrem Rechte zwischen den Verbrechen der einen und der anderen Classe unterschieden werde, sondern mit derselben nur eine Art von naturrechtlicher oder philosophischer Bemerkung über die Verwerflichkeit der verschiedenen strafbaren Handlungen machen wollen [5]).

§. 18.

b) Eintheilung in crimina oder delicta publica, extraordinaria und privata.

In den Quellen des römischen Strafrechtes werden die verschiedenen Verbrechen häufig als crimina oder delicta publica, extraordinaria und privata bezeichnet [1]). Daher schreibt sich die hergebrachte, in der Ueberschrift angegebene Eintheilung der Verbrechen. Das Wort crimen in der Zusammensetzung mit publicum, extraordinarium und priva-

---

5) Vergl. über diese Eintheilung auch meine Abhandlungen, Bd. II. S. 138 ff.

1) Z. B. L. 9. C. de accusat. et inscript. (IX. 2.) L. un. C. de mulier. quae se propr. serv. junx. (IX. 11.) L. 5. C. si reus vel accus. (IX. 6.) L. 6. i. f. C. ad leg. Jul. repetund. (IX. 27.) L. 8. C. de paganis. (I. 11.) L. 2. §. 24. D. vi bonor. rapt. (XLVII. 8.) Tit. D. de privatis delictis. (XLVII. 1.) L. 3. §. 8. C. de vetere jur. enucleando. (I. 17.)

tum hat in den Quellen nicht bloß die Bedeutung von Verbrechen, ſondern bezeichnet noch häufiger die Anklage oder auch die Procedur, durch welche ein Verbrechen verfolgt werden konnte [2]). Dieſe letztere Bedeutung iſt ſogar die urſprüngliche, da das Verbrechen nur nach der Verſchiedenheit der Anklage oder Procedur, mit welcher es verfolgt werden konnte, entweder crimen publicum, oder extraordinarium oder privatum genannt wurde [3]). Die eigentlichen Criminalgerichte waren die judicia publica, die urſprünglich in der That öffentliche Volksgerichte waren [4]), aber ſeit dem Anfange des ſiebenten Jahrhunderts nach Erbauung der Stadt eine Umgeſtaltung erlitten, indem für einzelne Verbrechen ſtändige Criminalcommiſſionen unter der Benennung quaestiones perpetuae eingerichtet wurden, die im Namen und Auftrage des Volkes die Strafurtheile gegen dieſelben aus-

---

2) L. 3. C. de his qui acc. non poss. (IX. 1.) L. 3. C. de crimine stellionat. (IX. 34.) L. 1. §. 1. D. de column. (III. 6.) L. 3. §. 2. D. stellionat. (XLVII. 20.) L. 3. D. ad SC. Turpill. (XLVIII. 16.) L. 1. §. 3. D. de poenis. (XLVIII. 19.) L. 3. pr. C. ubi Senatores. (III. 24.)

3) Birnbaum, im neuen Archiv des C.R. VIII. S. 396 ff. S. 643 ff. IX. S. 339 ff. ſuchte auszuführen, daß das Wort crimen in den erwähnten Zuſammenſetzungen gar nicht die Bedeutung von Verbrechen habe, weßhalb auch die angegebene Eintheilung der Verbrechen, als im römiſchen Rechte nicht begründet, von ihm verworfen wird. Daß er aber darin zu weit gegangen iſt, ergeben die Note 1 angeführten Stellen. Vergl. de Hagen, de quaestione, quale sit discrimen inter delicta publica, tam ordinaria quam extraordinaria, atque privata ex principiis juris romani. 1832, p. 13 seq. Auch hat Birnbaum ſelbſt im Archiv des C.R. neue Folge, Jahrgang 1835, S. 320 ff. jene Behauptung theilweiſe zurückgenommen.

4) Vergl. Geib, Geſchichte des römiſchen Criminalproceſſes, 1842, S. 402 ff.

sprachen [5]). Die Competenz dieser Quäſtionen, die nach und nach, vorzüglich unter Sulla, Cäſar und Auguſtus für die meiſten Verbrechen eingeſetzt wurden, beruhte auf einzelnen Strafgeſetzen, die leges judiciorum publicorum genannt wurden [6]). Für jedes dieſer Geſetze beſtand eine eigene quaestio, der ihr Wirkungskreis und das von ihr zu beobachtende Verfahren eben durch das Geſetz angewieſen wurde, für welches ſie eingeſetzt war [7]). Wie dieſe Gerichte judicia publica genannt wurden und auch inſofern wirklich waren, als die Quäſtionen ihre Machtvollkommenheit vom Volke herleiteten, ſo hieß auch Theils die Anklage wegen eines vor dieſelben gehörigen Verbrechens, Theils das vor ihnen verhandelte Verfahren crimen publicum, oder auch crimen legitimum, weil eine lex judiciorum publicorum dabei zu Grunde gelegt werden konnte und mußte [8]). Durch eine nahe liegende Uebertragung wurde der Ausdruck crimen publicum auch auf die Verbrechen angewendet, welche vor dieſe Gerichte gehörten, ſo daß darunter ein ſolches Verbrechen verſtanden wurde, das nach einer lex judiciorum publicorum verfolgt und beſtraft werden konnte. In der Kaiſerzeit wurde zwar dieſe Gerichtsverfaſſung, welche der ordo judiciorum publicorum genannt wurde, allmählig umgeſtaltet, indem die einzelnen quaestiones perpetuae nach und nach aufgehoben und für alle Verbrechen neue Gerichte eingeſetzt wurden, deren Verfahren im Gegenſatze zu der

---

5) Die erſte quaestio perpetua wurde durch die lex Calpurnia vom Jahr 605 für das crimen repetundarum eingeſetzt. Vgl. darüber Geib a. a. O. S. 169 ff.

6) L. 1. D. de public. judic. (XLVIII. 1.) L. 1. §. 3. D. de poenis. (XLVIII. 19.)

7) Vergl. Geib a. a. O. S. 172.

8) Vergl. die in der Note 2 citirten Stellen, und Geib a. a. O. S. 404.

früheren Gerichtsordnung extraordinaria cognitio genannt wurde [9]): aber die Ausdrücke judicium publicum und crimen publicum konnten um so mehr beibehalten werden, als ungeachtet der veränderten Gerichtsverfassung die früheren leges judiciorum publicorum die gültige Quelle für die Strafbarkeit der in ihnen verbotenen Handlungen blieben [10]). Das judicium publicum war freilich nur noch insofern ein öffentliches Gericht, als der Regel nach Jeder aus dem Volke das Recht hatte, Anklage vor demselben zu erheben [11]): aber unter crimen publicum wurde fortwährend verstanden Theils ein solches Verbrechen, dessen Strafbarkeit schon in einer lex judiciorum publicorum anerkannt war, Theils die Anklage, die wegen desselben erhoben werden konnte. Nach dieser Terminologie konnten aber keinesweges alle Verbrechen crimina publica genannt werden. Denn die leges judiciorum publicorum waren insofern sehr unvollständig, als es viele strafwürdige Handlungen gab, deren Strafbarkeit nicht in ihnen ausgesprochen war [12]). Dagegen fehlte es zwar nicht an kaiserlichen Constitutionen, in welchen die Strafbarkeit solcher übergangenen Handlungen ausgesprochen war, sowie auch die kaiserlichen Criminalbeamten das Recht hatten, nach gewissen Regeln Strafe gegen dieselben zu erkennen [13]); aber diese strafbaren Handlungen waren nicht crimina publica in dem angegebenen Sinne, sondern crimina extraordinaria, weil sie in Ermangelung einer lex judiciorum publicorum auch nicht nach dem alten ordo judiciorum publicorum hätten bestraft werden können [14]).

9) L. 8. D. de publ. judic. (XLVIII. 1.)

10) Vergl. oben §. 4. S. 118.

11) §. 1. J. de publ. judic. (IV. 18.) Vgl. Geib a. a. O. S. 404.

12) Vergl. oben §. 4. S. 117.

13) Vergl. oben §. 4. Note 10.

14) L. 3. §. 8. C. de vetere jure enucl. (I. 17.) Vergl. gegen

Im Gegensatze zu den crimina publica und extraordinaria nannten die Römer delicta privata diejenigen Verbrechen, die nicht mit eigentlicher Criminalstrafe, sondern mit bloßer Privatstrafe belegt wurden [15]), auf welche bei manchen Handlungen von Jedem aus dem Volke mit einer actio popularis [16]), bei anderen Handlungen von dem Betheiligten mit einer Privatklage in dem judicium privatum geklagt werden konnte [17]). Der Unterschied zwischen delicta publica und extraordinaria war bei den Römern nicht ohne praktische Bedeutung, zwar nicht hinsichtlich des Verfahrens, da seit dem Untergange des ordo judiciorum gegen beide Ar-

---

die von Birnbaum, im neuen Archiv des C.R. VIII. S. 661, gegebene Interpretation dieser Stelle Hagen l. c. p. 18 seq., und dagegen wieder Birnbaum im A. des C.R. neue Folge, Jahrg. 1835, S. 327, mit der früheren Behauptung, daß es keine Stelle gebe, in welcher das Wort extraordinarium in Verbindung mit crimen in der Bedeutung von delictum vorkomme. Wenn aber, was Birnbaum, a. a. O. S. 325, jetzt zugiebt, der Ausdruck crimen publicum in der Bedeutung von Verbrechen vorkommt, so war zur Bezeichnung der Verbrechen, die nicht crimina publica waren, ein anderer Ausdruck nothwendig, der nicht wohl ein anderer als crimina extraordinaria sein konnte. Die crimina publica werden häufig im Gegensatze der extraordinaria auch ordinaria genannt, obgleich dieser Ausdruck nicht eigentlich ein quellenmäßiger ist. Vergl. Birnbaum, im neuen Archiv des C.R. VIII. S. 664, Note 224.

15) L. 17. §. 18. D. de aedil. edicto. (XXI. 1.)

16) T. T. D. de popularib. actionib. (XLVII. 23.)

17) Die Privatdelicte werden auch delicta schlechtweg genannt, L. 17. § 18. D. cit., während sich für die übrigen schwereren Verbrechen am Häufigsten der Ausdruck crimen findet. Indessen werden die Ausdrücke crimen und delictum auch ganz gleichbedeutend gebraucht. L. 3. D. ad SC. Turpill. (XLVIII. 16.) L. 1. §. 3. D. poenis. (XLVIII. 19.) L. 19. C. de poenis. (IX. 47.)

ten von Verbrechen gleichmäßig extra ordinem verfahren wurde [18]), aber hinsichtlich der Bestrafung, indem die Verurtheilung wegen eines crimen publicum regelmäßig von selbst Infamie nach sich zog, und auch bei den Vermögensstrafen der Uebergang auf die Erben bei den crimina publica nach einem anderen Principe als bei den crimina extraordinaria und privata angenommen wurde [19]). An und für sich würden diese praktischen Folgen des Unterschiedes auch noch für das heutige gemeine Strafrecht angenommen werden müssen. Sie sind aber von selbst unanwendbar geworden, weil das ganze römische Strafensystem Theils durch Gerichtsgebrauch, Theils durch Gesetze außer Anwendung gekommen ist [20]). Die römischen delicta privata haben ebenfalls Theils durch Gerichtsgebrauch, Theils durch Gesetze ihre privatrechtliche Natur verloren, wie schon im römischen Rechte selbst ein großer Theil derselben als delicta extraordinaria mit eigentlicher Strafe belegt wurde [21]). Daher hat die ganze Eintheilung für das heutige Strafrecht nur noch die Bedeutung, daß ihr Verständniß nothwendig ist, um den Sprachgebrauch der römischen Rechtsquellen zu verstehen.

---

18) Vergl. oben Note 9.

19) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 110, Note 50.

20) Davon unten im vierten Abschnitt.

21) Vergl. meine Abhandlungen, Band II. S. 145. Mit Ausnahme der Injurien, bei welchen wenigstens gemeinrechtlich noch Privatstrafe vorkommt, sind heutiges Tages alle Verbrechen insofern öffentliche Verbrechen, als sie mit eigentlicher Strafe, die dem Verletzten nicht zu Gute kommt, belegt werden. Die Handlungen, wegen welcher eine actio popularis angestellt werden konnte, gehören bei uns in das Gebiet der Polizei.

§. 19.

c) In delicta capitalia und non capitalia, in delicta atrocissima, atrociora und levia, in einfache und in gesetzlich ausgezeichnete Verbrechen.

Diese Eintheilungen sind insofern untereinander verwandt, als sie die Verbrechen nach der Art und Größe der auf sie zu erkennenden Strafe unterscheiden.

1) Die Eintheilung in Capitalverbrechen und in Nichtcapitalverbrechen bezieht sich zunächst auf das römische Strafrecht, dessen Strafen entweder Capitalstrafen oder Nichtcapitalstrafen waren [1]). Capitalverbrechen nennt man die Verbrechen, die eine Capitalstrafe, Nichtcapitalverbrechen, die eine andere Strafe nach sich ziehen. Für eine Capitalstrafe galt aber nicht allein die Todesstrafe, sondern auch jede Strafe, die den Bestraften seines caput, d. h. entweder seiner Freiheit oder seiner Civität verlustig machte [2]). Will man für das heutige Recht zwischen Capitalverbrechen und Nichtcapitalverbrechen unterscheiden, so kann man unter ersteren nur die mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen verstehen, da von einem caput im Sinne des römischen Rechtes bei uns nicht mehr die Rede ist [3]).

---

1) L. 2. D. de publ. judic. (XLVIII. 1.) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 107 und §. 94.

2) Vergl. Hefftter, Lehrbuch §. 122.

3) Allenfalls kann man zu den Capitalverbrechen auch die Verbrechen rechnen, die den bürgerlichen Tod nach sich ziehen, durch welchen der Verurtheilte unfähig wird, Vermögen zu besitzen oder zu erwerben, Kläger oder Beklagter zu sein, Zeugniß abzulegen und eine Ehe einzugehen oder fortzusetzen. Das Institut des bürgerlichen Todes kommt aber nur particularrechtlich vor im Bayerischen Strafgesetzbuche Art. 7, wo es als regelmäßige Folge der Kettenstrafe vorgeschrieben ist.

2) Die Eintheilung in delicta atrocissima, atrociora und levia ist keine quellenmäßige, sondern eine Erfindung der älteren Criminalisten [4]). Die Ausdrücke delicta majora, atrociora und leviora finden sich zwar in den Quellen des römischen Rechtes, ohne jedoch eine bestimmte technische Bedeutung zu haben [5]). Die Glossatoren und ihre Nachfolger waren aber der Ansicht, daß das römische Recht einen bestimmten technischen Unterschied zwischen leichten und schweren Verbrechen gemacht und praktische Bedeutung mit demselben verbunden habe [6]). Diese angebliche Unterscheidung wurde von den italiänischen Praktikern weiter ausgebildet, indem von den delicta atrocia die delicta atrocissima unterschieden wurden in der Bedeutung, daß dieselben wegen ihrer Größe delicta excepta seien, bei welchen der Richter das Recht habe, die Gesetze zum Nachtheile des Angeschuldigten zu überschreiten [7]). Die Gränze für diese Unterscheidungen mußte schwankend sein, da es an gesetzlichen Anhaltepuncten fehlte, dieselbe zu bestimmen. Man half sich damit, zu den delicta atrocissima die mit einer geschärften

---

4) Vergl. über diese Eintheilung im Allgemeinen meine Abhandlungen, Band II. S. 149 ff.

5) L. 5. §. 2. D. de poenis. (XLVIII. 19.) L. 157. D. de reg. jur. (L. 17.) L. 37. §. 1. D. de minorib. (IV. 4.) Heffter, Lehrbuch §. 34, Note 2, hält es für wahrscheinlich, daß die Römer mit jener Unterscheidung einen bestimmten technischen Sinn verbunden haben, der jedoch nicht klar sei.

6) Namentlich hinsichtlich der Strafbarkeit des Versuches, der nach römischem Rechte nur bei schweren Verbrechen ebenso hart als die Vollendung bestraft worden sei. Vergl. Zachariä, die Lehre vom Versuche, §. 55 ff. §. 88, und meine Abhandlungen, Band I. S. 402 ff.

7) Jul. Clarus, Sententiae lib. V. §. 1. nr. 9. Carpzov, Practica rer. crim. Pars III. qu. 102. nr. 57 seq.

Todesstrafe, zu den delicta atrocia die mit einfacher Todesstrafe bedrohten Verbrechen zu rechnen [8]). Die Unterscheidung kann natürlich für das heutige Recht nicht als begründet anerkannt werden, da sich die Folgerungen, welche die frühere Praxis davon abhängig machte, von selbst als unhaltbar erweisen.

3) Die Eintheilung in einfache Verbrechen und in gesetzlich ausgezeichnete Verbrechen ist in den Lehrbüchern hergebracht [9]), obgleich sie eigentlich nur eine scheinbare Eintheilung ist. Die sogenannte gesetzliche Auszeichnung eines Verbrechens besteht darin, daß es entweder qualificirt oder privilegirt ist. Man nennt ein Verbrechen qualificirt, wenn es mit einer härteren, privilegirt, wenn es mit einer gelinderen Strafe bedroht ist, als für die Verbrechensgattung, zu welcher es gehört, die Regel ist [10]). Bei dieser Eintheilung wird davon ausgegangen, daß es gewisse Verbrechensgattungen gebe, unter welche sich einzelne Verbrechensarten als Species subsumiren lassen, und daß von einer regelmäßigen Strafe der Gattung die Rede sein könne. Diese Annahme ist aber gänzlich ungegründet, da die Gattung nur in einzelnen Arten vorkommen kann, und also von keiner Strafe, mit welcher eine Verbrechensart bedroht ist, gesagt werden kann, daß sie härter oder gelinder sei als die auf die Gattung gesetzte Strafe. Die Eintheilung hat nur den scheinbaren Grund für sich, daß es Verbrechensarten giebt, die härter oder gelinder bestraft werden als andere Verbrechensarten, die unter denselben Gattungsnamen subsumirt

---

8) Clarus und Carpzov, ll. cc.

9) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 109.

10) Der Ausdruck „gesetzlich ausgezeichnetes Verbrechen" wird indessen auch noch in anderem Sinne gebraucht; vergl. Feuerbach, Lehrbuch §. 26, und Martin, Lehrbuch §. 71.

werden können [11]). Daß man dabei verschiedene Verbrechensarten unter eine Gattung stellen kann, beruht nur auf äußeren, entweder im Sprachgebrauche liegenden oder von der äußeren Erscheinung des Verbrechens hergenommenen Gründen [12]). In Wahrheit sind diese verschiedenen Verbrechensarten verschiedene Verbrechen, die eben deßwegen mit verschiedener Strafe bedroht sind.

§. 20.

d) Eintheilung in peinliche und bürgerliche Verbrechen, in Criminalverbrechen und in Polizeiverbrechen.

Diese beiden Eintheilungen beziehen sich auf die Verschiedenheit der Behörden, denen die Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen zusteht.

1) Die Eintheilung in peinliche und in nicht peinliche Verbrechen gehört dem einheimischen Rechte an und unterscheidet die Verbrechen nach der auf sie stehenden Strafe, jenachdem dieselbe eine peinliche oder eine nicht peinliche ist. Schon nach der älteren Gerichtsverfassung wurde nur über schwere Verbrechen in dem Gaugerichte, über leichtere Verbrechen dagegen in dem Centgerichte entschieden [1]). Daraus entstand der Unterschied zwischen hoher Gerichtsbarkeit und niederer Gerichtsbarkeit, indem die erstere in dem Rechte bestand, schwere Verbrechen zu bestrafen, während leichte Verbrechen vor die letztere gehörten [2]). Für schwere Verbrechen

---

11) Z. B. einfache Tödtung und Verwandtenmord, der qualificirt ist, oder einfacher Diebstahl und durch Einsteigen oder Einbrechen qualificirter Diebstahl und privilegirter Familiendiebstahl.

12) Vergl. meine Abhandlungen, Band II. S. 152 ff.

1) Vergl. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechts-Geschichte, Band I. §. 74.

2) Vergl. Müller, Lehrbuch des Criminalprocesses, §. 82.

galten die peinlichen Verbrechen, die mit peinlicher, an Hals und Hand gehender Strafe bedroht waren, für leichtere die nicht peinlichen Verbrechen, die nur mit einer an Haut und Haar gehenden Strafe belegt wurden [3]). Für das gemeine Recht wurde die Eintheilung der Verbrechen und Strafen in peinliche und nicht peinliche in dem angegebenen Sinne durch die Reception des römischen Rechtes aufgehoben. In der Carolina wurde zwar der Ausdruck „peinlich" beibehalten, aber nicht in dem früheren Sinne, sondern mit der Bedeutung, daß der peinlichen Strafe die bürgerliche Strafe, d. h. die dem Verletzten zu zahlende Privatstrafe entgegengesetzt wurde [4]). Dagegen hat sich der Unterschied zwischen peinlichen und nicht peinlichen Verbrechen particularrechtlich insofern erhalten, als in den meisten Particularrechten die Einrichtung besteht, daß von der Größe der Strafe, die auf ein

---

3) Sachsenspiegel II. Art. 13. III. Art. 3. Vergl. Müller a. a. O.

4) Gewöhnlich behauptet man, daß auch in der Carolina nur die schwereren Strafen als peinliche bezeichnet werden. Allein im Art. 104, wo vorgeschrieben ist, daß das peinliche Gericht nicht gegen die Vorschriften der kaiserlichen Rechte Jemanden zu peinlicher Strafe an Leib, Leben, Ehre oder Gliedern verurtheilen solle, sind offenbar mit der peinlichen Strafe alle Strafen gemeint, die nicht bloß Privatstrafen sind. Im Art. 113 wird auch bloße Landesverweisung ausdrücklich zu den peinlichen Strafen gerechnet. Im Art. 138 wird von Todtschlägen gehandelt, die entschuldigt werden entweder nur von peinlicher Strafe, oder von peinlicher und bürgerlicher Strafe zusammen. Da mit bürgerlicher Strafe entschieden nur die dem Verletzten zu zahlende Privatstrafe und Entschädigung gemeint ist, so muß unter peinlicher Strafe jede nicht bürgerliche Strafe in diesem Sinne verstanden werden. Nach dem Art. 157 in Verbindung mit Art. 158 muß auch die Gefängnißstrafe, zu welcher der Dieb bei dem kleinen Diebstahle verurtheilt werden soll, wenn er nicht im Stande ist, dem Beschädigten die Zwiespiel zu bezahlen, als peinliche Strafe angesehen werden.

Verbrechen gesetzt ist, die Competenz der Behörde abhängt, die über dasselbe zu erkennen hat [5]). Welche Verbrechen peinlich und welche nicht peinlich seien, kann dabei nur nach den in den verschiedenen Particularrechten darüber vorkommenden Bestimmungen entschieden werden. Ein gemeinrechtliches Unterscheidungsmerkmal des Peinlichen von dem nicht Peinlichen kann nicht angenommen werden, da Theils durch die Reception des römischen Rechtes, Theils durch die fortgeschrittene Humanität das Strafensystem des älteren einheimischen Rechtes, aus welchem der Unterschied herstammt, aufgehoben worden ist. Im Allgemeinen läßt sich nur sagen, daß in dem einzelnen Lande die schwereren Verbrechen peinliche seien, deren Bestrafung nach der Gerichtsverfassung desselben nur von den oberen Justizbehörden erkannt werden kann, nicht peinliche die leichteren Verbrechen, über welche das Bestrafungsrecht den Civiluntergerichten oder wohl auch den Verwaltungsbehörden zusteht [6]). Die Ausdrücke peinlich

---

5) Für diese Einrichtung sprechen manche Gründe, namentlich die Rücksicht, daß es in den meisten Fällen nicht ohne Nachtheil für den guten Ruf und das bürgerliche Fortkommen ist, bei den eigentlichen Criminalgerichten, deren Thätigkeit man sich hauptsächlich auf die Verfolgung schwererer Verbrechen gerichtet denkt, in Untersuchung zu gerathen. Auch erfordern leichte Straffälle nicht die Förmlichkeit und Umständlichkeit der Behandlung, die bei der Zuerkennung schwererer Strafen eintreten muß. Es wäre fast unausführbar oder wenigstens nicht ohne bedeutenden Mehraufwand von Kosten möglich, bei leichten Straffällen die für schwerere Verbrechen schlechterdings nothwendige Trennung des Untersuchungsgerichtes von dem erkennenden Gerichte und collegialische Besetzung des letzteren in Anwendung zu bringen. Natürlich ist damit nicht gesagt, daß es bei leichteren Verbrechen in dem Maße summarisch oder tumultuarisch hergehen dürfe, daß Gefahr von ungerechten Verurtheilungen entstehen könnte.

6) Dabei findet in den verschiedenen Particularrechten große Verschiedenheit Statt in Ansehung des Strafmaximum, bis zu welchem den

und nicht peinlich sind aber dem Strafsysteme unserer Zeit nicht mehr angemessen; daher pflegt für die schwereren von den Obergerichten zu bestrafenden Verbrechen der Ausdruck Criminalverbrechen, für die leichteren Verbrechen, deren Bestrafung von den Civiluntergerichten erkannt wird, der Ausdruck Civilverbrechen oder bürgerliche Verbrechen, oder wenn einer Verwaltungsbehörde das Bestrafungsrecht zusteht, ein von dieser Behörde hergenommener Ausdruck gebraucht zu werden [7]).

2) Die Polizeiverbrechen im Gegensatze der Criminalverbrechen oder der Verbrechen im eigentlichen Sinne sind solche Verbrechen, deren Untersuchung und Bestrafung nicht den Justizbehörden, sondern den Polizeibehörden zusteht [8]). Diese Unterscheidung ist insofern eine rein formale, als sie

---

Civiluntergerichten oder den Verwaltungsbehörden gestattet ist, Strafe zu erkennen. Da es sich dabei bloß um die Bestimmung von Competenzverhältnissen und die Organisation der Behörden in den einzelnen Ländern handelt, so ist es für die Strafrechtswissenschaft von keinem weiteren Interesse, auf die betreffenden Bestimmungen der verschiedenen Particularrechte im Einzelnen einzugehen. Vergl. übrigens Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, S. 223 ff., und in Feuerbach's Lehrbuch zu §. 136, Note II. und unten Note 11.

7) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 107.

8) Bei dem Gegensatze zwischen Polizeiverbrechen und Criminalverbrechen wird dieser letztere Ausdruck freilich in weiterem Sinne gebraucht, als er in der ersten Abtheilung dieses §. vorgekommen ist. Denn bei diesem Gegensatze begreift er auch die Civilverbrechen in sich, die dort mit den Polizeiverbrechen zusammen den Gegensatz der Criminalverbrechen in dem Sinne, daß peinliche Verbrechen darunter verstanden werden, bildeten. Systematisch richtiger wäre es vielleicht, den Gegensatz der Polizeiverbrechen Justizverbrechen zu nennen, weil sie zur Competenz der Justizbehörden gehören. Diese Justizverbrechen würden alsdann in Criminalverbrechen und in Civilverbrechen eingetheilt werden können.

nur von der Verschiedenheit der für die einzelnen Verbrechen zuständigen Behörden hergenommen ist. Der daraus entstehende Begriff der Polizeiverbrechen ist wesentlich verschieden von dem Begriffe der Polizeiverbrechen im materialen Sinne, in welchem sie den Rechtsverbrechen entgegengesetzt werden [9]). Mit diesem Gegensatze wird eine materiale Eintheilung der Verbrechen bezeichnet, indem unter Polizeiverbrechen in diesem Sinne Verbrechen verstanden werden, durch welche einer ihrem Inhalte nach polizeilichen Vorschrift zuwider gehandelt wird; unter Rechtsverbrechen dagegen solche Verbrechen, die auf die Verletzung eines, einer physischen oder moralischen Person zustehenden Rechtes gerichtet sind [10]). Dabei ist es zwar möglich, daß ein Polizeiverbrechen in diesem materialen Sinne auch in formaler Hinsicht ein Polizeiverbrechen ist, weil es zur Competenz der Polizeibehörden gehört; es kann aber auch ein Criminalverbrechen sein, insofern es zur Competenz der Justizbehörden verwiesen sein kann. Ebenso kann ein Rechtsverbrechen ein Polizeiverbrechen in formalem Sinne sein, wenn es vor die Polizeibehörden gehört, während es Criminalverbrechen ist, wenn es den Justizbehörden überwiesen ist. Für das gemeine Recht kann der formale Unterschied zwischen Criminalverbrechen und Polizeiverbrechen kaum gemacht werden. Die gemeinrechtlichen Strafgesetze sind zwar nicht sämmtlich in der peinlichen Gerichtsordnung enthalten. Ein Theil derselben steht vielmehr in den sogenannten Polizeiordnungen, nach welchen die in ihnen bedrohten Handlungen allenfalls Polizeiverbrechen genannt werden könnten. Aber die gemeinrechtliche Gesetzgebung hat gar kein festes Princip, nach welchem sie einzelner strafbaren Handlungen in

9) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 62 in Verbindung mit §. 107.

10) Von den Polizeiverbrechen im materialen Sinne wird unten im zweiten Capitel dieser Abtheilung die Rede sein.

der peinlichen Gerichtsordnung und anderer in den Polizeiordnungen Erwähnung thut, wie sich daraus ergiebt, daß mitunter die nämlichen Handlungen in beiden Arten von Gesetzen mit Strafe bedroht sind [11]). Keines Falles ist in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung daran gedacht, mit der Bedrohung einzelner Handlungen in den Polizeiordnungen das Competenzverhältniß zwischen Justizbehörden und Polizeibehörden zu bestimmen.

Particularrechtlich kommt dagegen der Unterschied zwischen Criminalverbrechen und Polizeiverbrechen in ähnlicher Weise vor, als der Unterschied zwischen peinlichen und nicht peinlichen Verbrechen, indem die Untersuchung und Bestrafung mancher Verbrechen nicht den Justizbehörden, sondern den Polizeibehörden überwiesen ist. Daß dabei unter den verschiedenen Particularrechten keine Uebereinstimmung Statt findet über die Gränzen zwischen diesen verschiedenen Arten der Verbrechen ist leicht begreiflich, da das gemeine Recht keine Grundlage gewährte, auf welcher der Unterschied einiger Maßen übereinstimmend hätte ausgebildet werden können. In den einzelnen Ländern bestimmt sich die Gränze nach dem Strafmaximum, bis zu welchem es den Polizeibehörden gestattet ist, Strafe zu erkennen [12]). Darnach kann es kom-

---

11) So ist z. B. die Gotteslästerung sowohl in der Carolina Art. 106 als in den Polizeiordnungen von 1530 §. 1, von 1548 und von 1577 Tit. 1. §. 2. mit Strafe bedroht; ebenso der Ehebruch in der Carolina Art. 120. und in der Polizeiordnung von 1577 Tit. 26. §. 2. Nach dem weiten Umfange, den der Reichsabschied von 1551 §. 70 dem Zwecke der Polizeiordnung giebt, daß sie „zur Ausreutung vieler unleidlicher sträflicher Laster und ärgerlichen Lebens und zu Pflantzung und Aufbauung guter Sitten, Ehrbarkeit und Tugend" da sei, könnte das gesammte Strafrecht zum Gebiete der Polizei gezogen werden.

12) In Preussen sind die Gränzen der Criminal-, Civil- und Polizei-Gerichtsbarkeit im allgemeinen Landrecht Theil II. Tit. 17.

men, daß eine Handlung in dem einen Lande Polizeiverbrechen ist, die in einem anderen Lande noch unter die Criminalverbrechen gerechnet wird. Auch findet unter den verschie-

---

§. 10 ff. dahin bestimmt, daß Civil- und Polizeigerichte nicht weiter als bis zu 14 Tage Gefängniß oder Strafarbeit oder 5 Thaler Geldstrafe erkennen dürfen; in Oestereich haben die sogenannten politischen Obrigkeiten die Gerichtsbarkeit über schwere Polizeiübertretungen, und dürfen bis zu sechs Monaten Arrest erkennen, sowie auch auf Geldstrafe, auf Verfall von Waaren, Feilschaften oder Geräthe, auf Verlust von Rechten und Befugnissen, auf körperliche Züchtigung und Abschaffung: Gesetzbuch über schwere Polizeiübertretungen, §. 8 ff.; in Bayern dürfen die Polizeibehörden bis zu einmonatlicher Detention und 50 Gulden Geldstrafe erkennen, vergl. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, S. 224; im Königreich Sachsen geht die Competenz der Polizeibehörden bis zu 8 Wochen Gefängniß, Gesetz vom 28. Januar 1835; im Großherzogthum Weimar ist durch Gesetz vom 9. April 1839 das Maximum der im Polizei- und Verwaltungs-Wege zu verhängenden Strafen auf drei Monate Gefängniß und dreißig Ruthenstreiche festgesetzt; in Würtemberg ist das Maximum der Polizeistrafen verschieden, je nachdem es höhere oder niedere Verwaltungsstellen sind, welche dieselben verhängen; die Kreisregierungen können bis zu sechs Monaten, die Bezirksämter bis zu acht Tagen und die Ortsobrigkeiten bis zu vier Tagen Gefängniß erkennen, vergl. Polizeistrafgesetzbuch von 1839, Art. 90—95; in Hannover kann von den Polizeibehörden der Regel nach nur bis zu 8 Tagen Gefängniß, oder 8 Thaler Geldstrafe erkannt werden, vergl. Oesterlei, über das Verfahren in Straffällen in Hannover, S. 30; in Braunschweig geht die polizeiliche Strafgewalt bis zu 14 Tagen Gefängniß oder 10 Thaler Geldstrafe; Verordnung vom 3. Februar 1814, §. 30; im Großherzogthume Hessen ist durch eine Verordnung vom 6. Juni 1832 die gesammte Polizeistrafgewalt den Stadt- und Land-Gerichten und in der Rheinprovinz den Friedensgerichten überwiesen, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß gewisse Handlungen als Polizeivergehen und gewisse Strafen als Polizeistrafen gelten; vergl. Gesetz vom 17. September 1841, die Einführung des Strafgesetzbuchs betreffend, Art. 23 und 26.

denen Particularrechten insofern Verschiedenheit Statt, als in einigen vor die Competenz der Civiluntergerichte verwiesen ist, was in anderen vor die Polizeibehörden gehört [12]). Es hängt eben Alles von der Weise ab, in welcher in den einzelnen Ländern die Competenzverhältnisse der verschiedenen Behörden regulirt sind. Keines Falles dürfen die vor die Polizeibehörden verwiesenen Verbrechen als Verwaltungssachen angesehen werden, indem vielmehr den Polizeibehörden mit der Competenz über die Polizeiverbrechen nur ein bestimmter Theil der Criminaljurisdiction übertragen ist, die von ihnen nach denselben Grundregeln, an welche die Justizbehörden gebunden sind, ausgeübt werden muß.

§. 21.

e) Eintheilung in Verbrechen und Vergehen.

Der Sprachgebrauch unterscheidet die strafbaren Handlungen in Verbrechen und Vergehen, je nachdem sie mehr

---

12) Nach dem Oestereichischen Gesetzbuche I. Theil, §. 152 und II. Theil, §. 210 gehören z. B. Diebstähle unter 25 Gulden zu den Polizeiübertretungen, während in Preussen nach Rescript vom 28. Februar 1820 die Untersuchung und Bestrafung auch der kleinsten Diebstähle der Competenz der Gerichte anheimfällt, bei welchen jedoch das Verfahren nach Theil II. Tit. 20. §. 1174 des A. L. R. ein polizeimäßiges sein muß. Nach dem Bayerischen Gesetzbuche Art. 379 und 380 werden einfache Diebstähle unter 5 Gulden polizeilich, Diebstähle bis zu 25 Gulden als Vergehen von den Civilstrafgerichten, und größere Diebstähle als Verbrechen von den Criminalgerichten bestraft. Ebenso sind in Würtemberg, G.B. Art. 321, in Hannover, G.B. Art. 284, und in Braunschweig, G.B. Art. 216 einfache kleine Diebstähle den Polizeibehörden überwiesen, während nach dem Weimarischen Gesetze vom 10. April 1839, §. 2, einfache Diebstähle unter 5 Thaler nur von der Competenz der eigentlichen Criminalgerichte ausgenommen und vor die Localgerichte verwiesen sind.

oder minder schwer zu sein scheinen [1]). Für Vergehen pflegen wohl auch die Ausdrücke Uebertretungen oder Contraventionen gebraucht zu werden [2]). Der damit angedeutete Unterschied zwischen leichteren und schwereren Verbrechen muß sich natürlich der Sache nach in jeder Gesetzgebung insofern finden, als für die verschiedenen Verbrechen verschiedene Grade der Strafbarkeit anerkannt sein müßten. Den Worten nach wird aber der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen in den Quellen des gemeinen Rechtes nicht gemacht [3]), sowie auch in der Sprache der Wissenschaft unter Verbrechen strafbare Handlungen jeder Art verstanden werden [4]). Dagegen wird in dem Sprachgebrauche einiger der neuen Gesetzbücher der Ausdruck Verbrechen in einem engeren Sinne genommen, indem nur die mit einer bestimmten höheren Strafart bedroheten Handlungen darunter begriffen und die mit geringeren Strafarten bedroheten Handlungen durch die Ausdrücke Uebertretungen oder Vergehen bezeichnet werden [5]).

---

1) Die Ausdrücke Verbrechen und Vergehen entsprechen nicht den Ausdrücken crimen und delictum, mit welchen kein Unterschied der Größe der Verbrechen angedeutet wird; vergl. oben §. 18, Note 17. Anders verhält es sich mit der französischen Eintheilung in crimes und délits, welche der in Verbrechen und Vergehen analog ist.

2) Ueber den sonderbaren, aber wohl veralteten Ausdruck „Begünstigung" für leichte Verbrechen vergl. Martin, Lehrbuch §. 70, Note 8.

3) Die in den Quellen am häufigsten vorkommenden Ausdrücke sind: Verhandlung, Uebelthat, Missethat, Laster, ohne daß mit diesen verschiedenen Ausdrücken Unterschiede der strafbaren Handlungen angedeutet werden sollen.

4) Vergl. oben §. 14, Note 2.

5) Nach dem Oestereichischen G.B. über Verbrechen, §. 9, werden Verbrechen die Handlungen oder Unterlassungen genannt, die mit Todesstrafe oder Kerkerstrafe bedroht sind und vor die Criminalgerichte gehören; nach dem Bayerischen G.B., Art. 2, diejenigen vorsätzlichen

An und für sich ist diese Terminologie nur der in diesen Gesetzgebungen angenommene particularrechtliche Ausdruck für den Unterschied zwischen peinlichen Verbrechen, nicht peinlichen Verbrechen und Polizeiverbrechen [6]), da sie zusammenhängt mit der Art und Größe der Strafe und der dadurch bestimmten Competenz der Behörden, die über die verschiedenen Classen der strafbaren Handlungen zu erkennen haben [7]).

Rechtsverletzungen, die wegen Beschaffenheit und Größe der Uebelthat mit Todesstrafe, Kettenstrafe, Zuchthaus-, Arbeitshaus-, Festungsstrafe, mit Dienstentsetzung oder Unfähigkeitserklärung zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern verbunden und der Competenz der Criminalgerichte überwiesen sind. Die übrigen strafbaren Handlungen nennt das Oestereichische G.B. Uebertretungen, und zwar schwere Polizeiübertretungen, diejenigen, die in dem Gesetzbuche über schwere Polizeiübertretungen bedroht sind und zur Competenz der politischen Obrigkeiten gehören, Uebertretungen schlechtweg diejenigen, deren Behandlung und Bestrafung den dazu bestimmten Behörden nach den darüber vorhandenen Bestimmungen vorbehalten ist; vergl. die Einleitung zum Oestereichischen G.B. über Verbrechen. Nach dem Bayerischen G.B. sind die übrigen strafbaren Handlungen entweder Vergehen oder Polizeiübertretungen. Unter Vergehen werden verstanden alle unvorsätzlichen, wie auch alle diejenigen vorsätzlichen Rechtsverletzungen, die wegen ihrer geringeren Strafbarkeit mit Gefängniß, körperlicher Züchtigung, Geldstrafe und anderen geringeren Uebeln geahndet werden und vor die Civilstrafgerichte gehören; Polizeiübertretungen werden genannt Handlungen oder Unterlassungen, welche zwar an und für sich selbst Rechte des Staats oder eines Unterthans nicht verletzen, aber wegen der Gefahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit unter Strafe verboten oder geboten sind, sowie diejenigen geringeren Rechtsverletzungen, die durch besondere Gesetze den Polizeibehörden zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen sind; vergl. Art. 2 und 3.

6) Vergl. oben §. 20.

7) Gegen die in der Bayerischen Gesetzgebung angenommene Eintheilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Polizeiübertretungen ist viel geschrieben worden. Vergl. Oersted, Ausführliche Prüfung des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuche für das

Zweckmäßig scheint diese Terminologie insofern nicht zu sein, als durch sie die Gränze zwischen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen nicht immer nach denselben Momenten be-

---

Königreich Bayern, 1823, S. 8. Mittermaier, im neuen Archiv des C.R. II. S. 383 ff., IV. S. 628 ff., IX. S. 10 ff. Man wirft der Eintheilung in Verbrechen und Vergehen namentlich vor, daß es an objectiven Gründen fehle, den Unterschied festzustellen. Allein dieser Vorwurf betrifft bloß die Ausdrücke, nicht die Eintheilung selbst, da mit derselben eigentlich Nichts Anderes gesagt ist, als daß bestimmte Verbrechen mit bestimmten schwereren, den sogenannten Verbrechensstrafen, andere mit bestimmten leichteren, den Vergehensstrafen, belegt werden sollen. In diesem Sinne muß die Eintheilung der Sache nach natürlich in allen Gesetzgebungen vorkommen, und die objectiven Gründe derselben sind die nämlichen, aus welchen überhaupt von dem Gesetzgeber die größere oder geringere Strafbarkeit der verschiedenen Verbrechen bestimmt wird; vrgl. Gönner, im neuen Archiv des C.R. VII. S. 602 ff. Mehr Grund hat ein anderer der Eintheilung in Verbrechen und in Vergehen gemachter Vorwurf, daß sie nämlich zu Competenzconflicten und zu Verzögerung der Entscheidung führe. Denn weil für die Verbrechen die Criminalgerichte, für die Vergehen die Civilstrafgerichte competent sind, und weil sich oft erst während der Untersuchung oder gar am Schlusse derselben herausstellt, ob eine Handlung Verbrechen oder Vergehen sei, kann es kommen, daß die über einen Fall verhandelten Acten zwischen diesen verschiedenen Behörden hinüber und herüber geschickt werden, wenn sich in der Untersuchung Umstände ergeben, welche die Handlung, die zuerst als Vergehen angesehen war, als Verbrechen und alsdann wieder als Vergehen erscheinen lassen oder umgekehrt; vergl. Mittermaier, im neuen Archiv, IV. S. 388—390. Diesem Uebelstande könnte indessen zum größten Theile abgeholfen werden, wenn den Criminalgerichten in Fällen, in welchen sie die Untersuchung wegen eines Verbrechens eingeleitet hätten, das sich alsdann als Vergehen herausstellte, oder in welchen ihnen von den Civilstrafgerichten ein Fall als Verbrechen abgegeben würde, in welchem sie nur ein Vergehen erkennen könnten, die Befugniß eingeräumt würde, das Verfahren wegen Vergehens fortzusetzen und durchzuführen, wie es ja auch die gemeinrechtliche Lehre ist, daß das Criminalgericht auch in nicht peinlichen Fällen,

stimmt wird, nach welchen der Sprachgebrauch des Lebens hier unterscheidet. Denn im Sprachgebrauche des Lebens wird eine Handlung entweder Verbrechen oder Vergehen genannt nicht bloß nach den Rücksichten, nach welchen die Art und Größe der auf sie gesetzten Strafe bestimmt ist, während nach der Terminologie der Gesetze nur die Art und Größe der Strafe über die Benennung entscheiden kann [8]). In den meisten der neueren Gesetzbücher hat man es deßwegen mit Recht vermieden, zwischen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen einen technischen Unterschied zu machen [9]), obgleich nicht minder in ihnen die Einrichtung getroffen ist, daß die strafbaren Handlungen nach Art und Größe der auf sie gesetzten Strafe vor verschiedene Behörden verwiesen

---

in welchen es die Untersuchung angefangen, competent bleibt und die Sache nicht an den Civilrichter abzugeben braucht. Vergl. Müller, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprocesses, §. 82.

8) Das ist namentlich der Fall bei den einzelnen Fällen solcher strafbaren Handlungen, für welche der Sprachgebrauch des Lebens immer die nämliche Bezeichnung gebraucht, umgeachtet zwischen ihnen Verschiedenheiten Statt finden, nach welchen in der Gesetzgebung der eine Fall mit Verbrechensstrafen, der andere mit Vergehensstrafen bedroht ist. Der Sprachgebrauch nennt es Diebstahl, ohne einen Unterschied zu machen, ob der Werth des Gestohlenen die Summe von 5 Gulden nicht übersteigt, oder ob er die Summe von 25 Gulden nicht erreicht, oder ob er diese Summe erreicht oder überschreitet. Nach dem Gesetze Art. 215, 379 und 380 ist der Diebstahl im ersten Falle Polizeiübertretung, im zweiten Falle Vergehen und im dritten Falle Verbrechen, während sich der Sprachgebrauch durch den Unterschied weniger Kreuzer nicht bestimmen lassen wird, solche Unterschiede zu machen.

9) In dem Würtembergischen G.B. Art. 1, sowie auch in dem Großherzoglich Hessischen G.B. Art. 1, werden zwar die strafbaren Handlungen im Allgemeinen Verbrechen oder Vergehen genannt, aber ohne weitere Bestimmung des Unterschiedes, der zwischen ihnen Statt findet.

sind [10]). Es ist darum nicht gerade nöthig, daß jede strafbare Handlung nach diesen Gesetzbüchern Verbrechen genannt werde, da dieser Ausdruck allerdings manchen Arten strafbarer Handlungen nicht angemessen ist [11]): aber für die rechtliche Auffassung der einzelnen strafbaren Handlungen wird Nichts damit gewonnen, daß man einen Theil derselben als Verbrechen und einen anderen als Vergehen oder Uebertretungen bezeichnet.

Zweites Capitel.

Begriff und Eintheilungen des Verbrechens in materialer Beziehung.

§. 22.

Materialer Begriff des Verbrechens.

Nach seinem materialen Begriffe ist das Verbrechen eine Verletzung des Gesetzes oder des objectiven Rechtes, oder die Begehung einer verbotenen Handlung [1]). Denn es kann nicht ohne Grund geschehen sein, daß gewisse Handlungen

---

10) S. oben §. 20.

11) Namentlich pflegt man lieber den Ausdruck Vergehen, Contravention oder Uebertretung bei den Handlungen zu gebrauchen, welche Polizeigesetzen oder anderen Verwaltungsgesetzen zuwiderlaufen und im Verwaltungswege von den Polizei-, Steuer-, Forst-Behörden u. s. w. oder den Behörden, denen die Befugniß zusteht, Ungehorsams- und Disciplinar-Strafen zu verhängen (§. 28 u. 29), bestraft werden.

1) Vergl. Abegg, Lehrbuch §. 63. Das Criminalunrecht, als Verletzung des objectiven Rechtes, unterscheidet sich dadurch von dem Civilunrecht, welches nur Verletzung eines subjectiven Rechtes ist; vergl. oben S. 18, Note 1. Die Verletzung eines subjectiven Rechtes ist nur Verbrechen, wenn mit ihr zugleich eine Verletzung des objectiven Rechtes begangen wird, sowie auch diese ohne jene möglich ist. Vergl. oben §. 6 der Einleitung und unten §. 24.

durch die Strafbedrohung für Verbrechen erklärt sind. Da es unmöglich ist, daß Jemand die in jeder Strafe enthaltene Rechtsentziehung darum erleiden soll, weil er den Gesetzen gemäß handelt, so kann dieser Grund, von welchem bei der materialen Definition des Verbrechens auszugehen ist [2]), nur darin liegen, daß mit demselben eine Verletzung des Gesetzes begangen wird. Die Verletzung eines Gesetzes besteht aber darin, daß eine Handlung begangen wird, die nach dem Willen desselben nicht begangen werden sollte, oder die verboten war. Das Verbrechen setzt deßwegen ein Verbot voraus, das durch dasselbe übertreten wird. Dieses Verbot ist in dem Strafgesetze ausgesprochen, in welchem seine Uebertretung mit Strafe bedroht ist. Man kann darum das Verbrechen auch als die Uebertretung eines Strafgesetzes definiren [3]), da mit ihm einem in einem Strafgesetze enthaltenen Verbote zuwider gehandelt wird. Um aber dabei den materialen Begriff des Verbrechens rein aufzufassen, muß man das Strafgesetz in seine Bestandtheile zerlegen. Denn bei jedem Strafgesetze sind zwei Bestandtheile wohl zu unterscheiden: zuvörderst das Verbot, daß eine Handlung begangen werden soll, zweitens die Strafdrohung, die gegen die Uebertretung desselben ausgesprochen ist. Wenn man das Verbrechen für eine Uebertretung des Strafgesetzes definiren will, so ist klar, daß die Uebertretung nur auf den ersten dieser Bestandtheile bezogen werden kann. Der andere Bestandtheil des Strafgesetzes könnte auf keinen Fall durch dasjenige Verbrechen übertreten werden, auf welches sich die Strafdrohung bezieht, sondern nur durch ein anderes Verbrechen, das von Demjenigen begangen werden würde, der

2) Vergl. oben §. 14.

3) Wie z. B. geschieht von Feuerbach, Lehrbuch §. 1, und von Abegg, Lehrbuch §. 63.

die Strafdrohung in Ausführung zu bringen hätte [4]). Beide Bestandtheile des Strafgesetzes verhalten sich zu einander wie Grund und Begründetes: obgleich beide im Strafgesetze zusammen und gleichzeitig zur Erscheinung kommen, so muß doch das Verbot von der Strafbedrohung gesondert gedacht werden, weil diese sonst ohne Grund erlassen sein würde. Eine Handlung kann zwar nicht für ein Verbrechen gelten, wenn sie nicht mit Strafe bedroht ist: sie ist aber nicht Verbrechen, weil sie mit Strafe bedroht ist, sondern sie ist mit Strafe bedroht, weil sie Verbrechen ist. Daß eine nicht mit Strafe bedrohte Handlung nicht für ein Verbrechen angesehen werden kann, hat seinen Grund nur darin, daß ein gesetzliches Verbot nur unter Androhung einer Strafe gegen seine Uebertretung gegeben werden kann, und daß der Mangel einer Strafdrohung den äußeren Beweis liefert, daß eine Handlung nicht verboten sei [5]).

§. 23.

Materiale Eintheilung des Verbrechens.

1) Im Allgemeinen.

Eine Handlung ist Verbrechen, weil mit ihr die Uebertretung eines Verbotes begangen wird. Das materiale Merkmal des Verbrechens ist mithin das Verbotensein der Handlung, welche es bildet. Dieses Merkmal besteht in derjenigen Eigenschaft der Handlung, vermöge deren sie unter ein Verbot fällt und sich als Uebertretung desselben herausstellt.

---

4) Z. B. die in dem Strafgesetze enthaltene Vorschrift, daß der Diebstahl mit einer gewissen Strafe belegt werden soll, kann nicht von dem Diebe, sondern nur von dem Richter übertreten werden, der diese Vorschrift auszuführen hat.

5) Damit hängt zusammen, was oben §. 14 über das Verhältniß des formalen Begriffes des Verbrechens zu dem materialen Begriffe gesagt worden ist.

Materiale Eintheilungen des Verbrechens können nur insofern gemacht werden, als sich nachweisen läßt, daß dieses Merkmal bei den verschiedenen Verbrechen in verschiedener Modification vorkommt. Jedes Verbot besteht aber in dem Willen des Verbietenden, daß die verbotene Handlung nicht begangen werden soll. Verschiedenheiten des Verbotenseins können deßwegen nur Statt finden in Ansehung der Handlungen, die nicht begangen werden sollen, und nach der Verschiedenheit dieser Handlungen müssen mithin die materialen Eintheilungen des Verbrechens gemacht werden. Es läßt sich aber darum nicht sagen, daß jedwede Verschiedenheit der verbotenen Handlungen Grund gebe zu einer materialen Eintheilung des Verbrechens in verschiedene Classen. Denn alsdann würde es so viele verschiedene Verbrechensclassen geben, als es verschiedene Verbrechen giebt, da sich das eine Verbrechen von dem anderen gerade dadurch unterscheidet, daß mit dem einen eine andere verbotene Handlung als mit dem anderen begangen wird. Vielmehr können Eintheilungen des Verbrechens in verschiedene Classen nur gemacht werden zwischen solchen verbotenen Handlungen, zwischen welchen eine Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie verboten worden sind, Statt findet. Man kann zwar in gewisser Beziehung sagen, daß alle Verbrechen einen gemeinsamen Grund haben, aus welchem sie verboten sind, nämlich die Verletzung der rechtlichen oder bürgerlichen Ordnung, die mit ihnen begangen wird, da der Gesetzgeber eine Handlung nur darum verboten haben kann, weil sie ihm dieser Ordnung zu widerstreiten schien. Aber es ist dabei nur scheinbar und liegt nur im Ausdrucke, daß sämmtliche Verbrechen aus dem nämlichen Grunde verboten seien. Wenn eine wirkliche Gemeinsamkeit dieses Grundes für sämmtliche Verbrechen vorhanden wäre, so müßten sämmtliche verbotenen Handlungen die nämlichen Merkmale miteinander gemein haben, da auf jeden

Fall die Merkmale der verbotenen Handlungen der Grund gewesen sind, aus welchem sie verboten sind. Wenn aber ein Theil der verbotenen Handlungen Merkmale hat, die ein anderer Theil derselben nicht hat, so muß dieser Grund nothwendig verschieden gewesen sein. Nach einer solchen Verschiedenheit der Merkmale müssen aber sämmtliche Verbrechen in zwei Classen eingetheilt werden. Die in die eine Classe gehörigen Verbrechen haben miteinander das Merkmal gemein, daß sie auf eine Verletzung subjectiver Rechte gerichtet sind, während die in die andere Classe gehörigen Verbrechen sich von ihnen dadurch unterscheiden, daß sie dieses Merkmal nicht haben. Durch diese Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie verboten sind, entsteht aber die Verschiedenheit des Verbotenseins der verbrecherischen Handlungen, von welchen die materiale Eintheilung des Verbrechens herzunehmen ist. Dagegen gehören Handlungen, welche, weil sie aus dem nämlichen Grunde verboten sind, die nämlichen Merkmale miteinander gemein haben, und sich nur durch die verschiedenen Modificationen, in welchen dieselben bei ihnen vorkommen, von einander unterscheiden, in eine Classe, da durch diese verschiedenen Modificationen die Gemeinsamkeit ihrer Merkmale nicht aufgehoben und also keine verschiedene Modification des Verbotenseins begründet wird [1]). Die einzelnen in eine Classe gehörigen Verbrechen müssen zwar nach diesen verschiedenen Modificationen von einander unterschie-

1) Die verschiedenen Modificationen, die hier gemeint sind, entstehen durch die Verschiedenheit der Rechte, auf deren Verletzung die einzelnen Verbrechen gerichtet sind. Man kann Verbrechen gegen Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigenthum u. s. w. unterscheiden, während doch alle diese Verbrechen das Merkmal der Richtung auf eine Rechtsverletzung miteinander gemein haben. Dieses Merkmal erscheint aber in verschiedener Modification, je nachdem es sich auf dieses oder jenes bestimmte Recht bezieht.

den werden, da durch dieselben auch bedeutende Modificationen der Strafbarkeit begründet sein können: aber diese Unterscheidung ist keine eigentliche sämmtliche Verbrechen umfassende Eintheilung, und es müßte zu Eintheilungen ohne Ende führen, wenn man dieselbe in die Form von Eintheilungen einkleiden wollte [2]).

§. 24.

2) Materiale Eintheilung des Verbrechens in Rechtsverbrechen und in Gesetzesverbrechen.

Die beiden Classen, in welche sich alle Verbrechen nach der Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie verboten sind, eintheilen lassen, werden passend durch die Ausdrücke Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen bezeichnet [1]).

---

2) Eine solche Unterscheidung ist vielmehr nur eine Aufzählung der in eine Classe gehörigen Arten und Fälle, wie die Logiker sagen, eine partitio, keine divisio. Im Allgemeinen ist es auch nicht herkömmlich, Eintheilungen der Verbrechen zu machen nach der Verschiedenheit der Rechte, auf deren Verletzung dieselben gerichtet sind. Nur eine darauf gegründete Eintheilung findet sich fast in allen Lehrbüchern, indem man die Verbrechen in Staatsverbrechen und in Privatverbrechen eintheilt, je nachdem Rechte des Staates oder der Privatpersonen durch dieselben verletzt werden. Wenn man aber aus dem Unterschiede zwischen Staatsverbrechen und Privatverbrechen eine wirkliche Eintheilung macht, die sich auf alle Verbrechen beziehen soll, kommt man in die Verlegenheit, zu den Staatsverbrechen alle Verbrechen rechnen zu müssen, durch welche keine Privatperson verletzt wird, und alsdann bei vielen Staatsverbrechen kein anderes Recht des Staates, das durch sie verletzt wird, nachweisen zu können, als das Recht auf Gehorsam gegen seine Gesetze. Damit geht aber die Eintheilung wieder verloren, da dieses Recht auch durch die Privatverbrechen in gleicher Weise verletzt wird; vergl. darüber unten §. 24 und 25.

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 22, Grolman, Grundsätze §. 27, und Schaffrath, Grundwissenschaft §. 226, setzen den Rechtsverbre-

Die Rechtsverbrechen sind verboten, weil sie auf die Verletzung subjectiver Rechte gerichtet sind, die Gesetzesverbrechen, weil sie in anderer Beziehung der rechtlichen Ordnung zuwider laufen. Von beiden Classen läßt sich zwar gleichmäßig sagen, daß sie der rechtlichen Ordnung widersprechen, da sie außerdem nicht von dem objectiven Rechte verboten sein würden: aber bei Handlungen, die verboten sind, ohne auf die Verletzung fremder Rechte gerichtet zu sein, ist der Grund des Verbotenseins jedes Falles ein anderer als bei den Handlungen, die eine solche rechtsverletzende Richtung enthalten [2]). Das Merkmal der Rechtsverbrechen ist ihre

---

chen, für welche auch die Ausdrücke Verbrechen im engeren Sinne oder unmittelbar bürgerliche Verbrechen gebraucht werden, die Polizeiverbrechen entgegen. Der Ausdruck Gesetzesverbrechen scheint aber angemessener, da nach dem hergebrachten, freilich ziemlich schwankenden Begriffe der Polizei keines Falles alle Verbrechen, die nicht Rechtsverbrechen sind, als Verbrechen gegen die Polizei angesehen werden können; vergl. darüber unten §. 26, und meine Abhandlungen II. S. 173 ff.

2) Feuerbach und Grolman a. a. O. sprechen zwar auch bei den Polizeiverbrechen von einer Rechtsverletzung, die mit ihnen angethan werde, nämlich dem Staate, der in dem ihm zustehenden Rechte auf Gehorsam gegen seine Polizeigesetze verletzt werde. Allein dieses Recht auf Gehorsam ist nicht der Grund, aus welchem die Polizeiverbrechen verboten sind, sondern folgt erst aus dem Verbotensein derselben, und steht dem Staate ohne Zweifel in der nämlichen Weise zu hinsichtlich der Verbote, die durch die Rechtsverbrechen übertreten werden. Wäre die Verletzung dieses Rechtes auf Gehorsam der Grund, aus welchem die Verbrechen bestraft werden, so müßten alle Verbrechen gleich strafbar sein, da dieses Recht durch jedes Verbrechen in gleicher Weise verletzt wird; vergl. meine Abhandlungen a. a. O. S. 169. Schaffrath a. a. O. setzt das Wesen der Polizeiverbrechen darein, daß durch sie ein öffentliches Recht der Staatsgewalt als solcher, öffentliche Sicherheit, Staats- und Rechts-Ordnung, Religiosität und Sittlichkeit verletzt oder gefährdet werde, während durch die Rechtsverbrechen ein Privatrecht des Einzelnen oder des Staates verletzt werde.

Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte, der Gesetzesverbrechen ihre Richtung auf eine sonstige Verletzung der rechtlichen Ordnung, nach welcher auch andere als auf die Verletzung subjectiver Rechte gerichtete Handlungen verboten sind. Welche Handlungen Rechtsverbrechen seien, hängt von den subjectiven Rechten ab, deren Dasein überhaupt von dem objectiven Rechte anerkannt wird. Denn in jedem dieser Rechte ist von selbst das Verbot solcher Handlungen enthalten, die auf seine Verletzung gerichtet sind, und ein subjectives Recht würde gar nicht als solches anerkannt sein, wenn die auf seine Verletzung gerichtete Handlung nicht verboten wäre. Welche Handlungen Gesetzesverbrechen seien, bestimmt sich nach der im Uebrigen von dem objectiven Rechte aufgestellten rechtlichen Ordnung, da jede dieser Ordnung zuwiderlaufende Handlung verboten sein muß, und da aus dem Nichtverbotensein einer Handlung von selbst folgt, daß sie dieser Ordnung nicht widerstreite. Es lassen sich zwar verschiedenartige Beziehungen und Rücksichten unterscheiden, nach welchen Handlungen, die nicht auf eine Verletzung subjectiver Rechte gerichtet sind, von dem objectiven Rechte verboten sind, indem namentlich Verbrechen gegen die polizeiliche Ordnung, Verbrechen gegen die kirchliche und religiose Ordnung und Verbrechen gegen die Ordnung gewisser von den Gesetzen auferlegten allgemeiner Staatsbürgerpflichten und specieller Dienstpflichten unterschieden werden können [3]): aber durch diese verschiedenartigen Rücksichten wird nicht aus-

---

Allein es ist sehr gezwungen, das Recht des Staates auf seine Existenz und Verfassung für ein Privatrecht auszugeben, weil es dem Privatrechte des Einzelnen auf Leben und Gesundheit correspondire, während z. B. das Recht des Staates, daß Niemand Unzucht treibe, ein öffentliches Recht sein soll.

3) Von den durch diese verschiedenartigen Rücksichten bedingten einzelnen Arten der Gesetzesverbrechen ist unten, §. 26 ff. die Rede.

geschlossen, daß die nach der einen oder anderen verbotenen Handlungen in eine Classe zusammengestellt werden können. Denn alle haben mit einander das Merkmal gemein, daß mit ihnen einer gesetzlichen Verpflichtung zuwider gehandelt wird, ohne daß eine Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte in ihnen enthalten ist. Da ein rechtliches Verbot nicht denkbar ist ohne Strafdrohung gegen seine Uebertretung [4]), so kann zwar nur aus der Strafgesetzgebung erkannt werden, welche Anforderungen sowohl aus Rücksicht auf subjective Rechte, als auch im Uebrigen von dem objectiven Rechte an das Benehmen der Menschen gemacht werden: aber die Strafbedrohung giebt dem Verbrechen nur sein formales Merkmal der Strafbarkeit, bei welchem das materiale Merkmal desselben, nämlich das Verbotensein der mit Strafe bedrohten Handlung vorausgesetzt ist.

§. 25.

Einzelne Arten der Rechtsverbrechen.

Staatsverbrechen und Privatverbrechen.

Da die Darstellung der einzelnen Arten der Rechtsverbrechen dem besonderen Theile der Strafrechtswissenschaft angehört, so kann es hier nur auf eine allgemeine Uebersicht derselben ankommen. Im Allgemeinen werden die einzelnen Arten der Rechtsverbrechen bestimmt durch die Verschiedenheit der Rechte, auf deren Verletzung sie gerichtet sind [1]). Dabei kann jedoch auch die Verschiedenheit der Handlung, die in dieser Richtung unternommen wird, auf die Bestimmung der Art des Verbrechens von Einfluß sein, indem nach

---

4) Vergl. oben §. 4 der Einleitung.

1) Es ist schon §. 23, Note 2 bemerkt worden, daß es sich hier nur um eine Aufzählung der einzelnen in eine Classe gehörigen Arten und nicht von einer eigentlichen Eintheilung handelt.

dieſer Verſchiedenheit gegen das nämliche Recht verſchiedenartige Verbrechen begangen werden können. Nach der Verſchiedenheit der Rechte, auf deren Verletzung ſie gerichtet ſind, können die Rechtsverbrechen in Staatsverbrechen und in Privatverbrechen unterſchieden werden, je nachdem dieſe Rechte der moraliſchen Perſon des Staates oder Privatperſonen zuſtehen [2]). In einem gewiſſen Sinne ſind zwar auch die Privatverbrechen Staatsverbrechen, inſofern nämlich durch ſie das Recht auf Gehorſam verletzt wird, das dem Staate ohne Zweifel in Beziehung auf alle ſeine Verbote gleichmäßig zuſteht. Aber die Verletzung dieſes Rechtes auf Gehorſam iſt nicht der Grund, aus welchem die verbrecheriſchen Handlungen verboten ſind, und kann daher Nichts dazu beitragen, den Charakter eines Verbrechens zu beſtimmen [3]). Keines Falles kann durch den Umſtand, daß dieſe Verletzung mit allen Verbrechen gleichmäßig begangen wird, der Unterſchied aufgehoben werden, daß ein Theil der Verbrechen außerdem gegen Rechte des Staates, ein anderer gegen Rechte der Privatperſonen gerichtet iſt. Von den Staatsverbrechen können wieder mehrere Arten unterſchieden werden, je nachdem die Rechte des Staates, auf deren Verletzung ſie gerichtet ſind, verſchieden ſind. Das wichtigſte Recht, das der Staat hat, iſt das Recht auf ſeine Exiſtenz und Integrität, ſowohl hinſichtlich ſeiner dermaligen Verfaſſung, als auch des zu ihm gehörigen Gebietes. Davon verſchieden iſt das Recht der einzelnen Staatsbeamten auf ungehinderte Ausübung der verſchiedenen Zweige der Staatsgewalt, für welche ſie an-

---

2) Daß dieſe Unterſcheidung eine ganz andere Bedeutung hat als die §. 18 erwähnte Eintheilung in delicta publica und privata ergiebt ſich von ſelbſt. Für Staatsverbrechen wird ſehr häufig auch der Ausdruck öffentliche Verbrechen gebraucht.

3) Vergl. §. 24, Note 2.

gestellt sind, indem auch dieses Recht als ein dem Staate selbst zustehendes anzusehen ist, da die Beamten in ihrer Function nur als seine Repräsentanten erscheinen. Endlich können dem Staate nutzbare Regalien und Vermögensrechte aller Art zustehen. Darnach können unterschieden werden Staatsverbrechen im engsten Sinne, die gegen Existenz und Integrität des Staates gerichtet sind, im weiteren Sinne, die gegen die ungehinderte Ausübung der Staatsgewalt, im weitesten Sinne, die gegen nutzbare Regalien und Vermögensrechte des Staates gerichtet sind [4]). Ebenso können die Privat-

---

4) Die Unterscheidung in Staatsverbrechen und in Privatverbrechen wird übrigens nicht von Allen in gleichem Sinne und Umfange gebraucht. Manche, z. B. Martin, beziehen die Eintheilung auf alle Verbrechen, so daß jedes Verbrechen entweder ein Staatsverbrechen oder ein Privatverbrechen ist, nur mit der Modification, daß sie einigen Verbrechen eine gemischte Natur zuschreiben, vermöge deren sie Staats- und Privat-Verbrechen zugleich seien. Darnach sind alle Verbrechen Staatsverbrechen, durch welche kein Einzelner in einem Rechte verletzt wird, z. B. auch die Polizeiverbrechen, wobei man alsdann genöthigt ist, das Recht auf Gehorsam gegen die Gesetze zu Hülfe zu nehmen, um eine Rechtsverletzung gegen den Staat herauszubringen; vergl. oben §. 24, Note 2. Andere, z. B. Feuerbach, beziehen die Eintheilung in Staats- und Privat-Verbrechen, wie es auch hier geschehen, nur auf die Rechtsverbrechen, so daß nicht allein die Polizeiverbrechen, sondern auch die Verbrechen gegen den Beamtendienst nicht darunter begriffen werden. Andere, z. B. Grolman, machen eine dreigliederige Eintheilung der Rechtsverbrechen, in Verbrechen gegen die Rechte einzelner Individuen, in gemeingefährliche Verbrechen, und in Verbrechen gegen den Staat, zu welchen verschiedenen Verbrechensarten alsdann die Polizeiverbrechen den Gegensatz bilden. Henke stellt in seinem Handbuche drei Classen von Verbrechen auf, Privatverbrechen, Staatsverbrechen und Verbrechen gegen das Gemeinwesen; Abegg unterscheidet im Allgemeinen ebenfalls drei Classen, Privatverbrechen, Verbrechen gegen das Gemeinwesen, gegen den Staat und dessen Hoheitsrechte, und Verbrechen gegen Sitte und Religion, woneben indessen

verbrechen nach der Verschiedenheit der Rechte, auf deren Verletzung sie gerichtet sind, unterschieden werden. Man kann Verbrechen gegen Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Familienrechte, Vermögensrechte und andere erworbene Rechte unterscheiden. Auch giebt es Verbrechen, die gegen mehrere dieser Rechte zusammen [5]), oder zugleich gegen Rechte des Staates und der Privatpersonen gerichtet sein können [6]). Die Art der Handlung, die in der rechtsverletzenden Richtung unternommen wurde, kommt dabei insofern in Betracht, als Theils der bestimmte Zweck, den der Handelnde durch die Rechtsverletzung erreichen wollte, Theils die äußere Form der Handlung dazu beitragen können, die Art des Verbrechens zu bestimmen. Diese Rücksichten sind zwar nicht bei allen Rechtsverbrechen für die Bestimmung der Art des Verbrechens entscheidend, indem dieselbe bei manchen bloß durch die Art des Rechtes bestimmt wird, auf dessen Verletzung

---

noch eine besondere Classe der sogenannten formalen Verbrechen aufgestellt wird, von welchen in diesem §. Note 11 noch die Rede sein wird. In anderen Lehrbüchern, z. B. bei Wächter, Hefftter und Marezoll, ist die Eintheilung oder Unterscheidung in Staats- und Privatverbrechen ganz vermieden worden. Nöthig ist es allerdings nicht und nicht einmal zweckmäßig, diese Unterscheidung der Darstellung der einzelnen Verbrechen zu Grunde zu legen, da eine leichte und natürliche Stellung und Uebersicht derselben nicht damit gewonnen wird. Daher ist auch zweckmäßiger Weise in dem Sächsischen, Hannoverschen und Großherzoglich Hessischen Gesetzbuche diese Unterscheidung bei der Aufzählung der einzelnen Verbrechen nicht beobachtet, während sie sich in den übrigen neuen Gesetzbüchern, obgleich nicht in allen in der nämlichen Bedeutung und in gleichem Umfange allerdings findet.

5) Z. B. Brandstiftung, die gegen Leben und Eigenthum zugleich geht.

6) Z. B. Münzfälschung, mit welcher eine Verletzung des Münzregals und zugleich auch der Vermögensrechte des Einzelnen begangen wird.

die Handlung gerichtet ist [7]): aber bei anderen ist es für Begriff und Art des Verbrechens, so wie für die Größe der Strafe von großer Bedeutung, welchen Zweck der Handelnde durch die Rechtsverletzung erreichen wollte [8]), und welche Form der Handlung er sich zur Hervorbringung der Rechtsverletzung bediente [9]). Es wird dadurch nicht aufgehoben, daß bei allen Rechtsverbrechen die Richtung auf die Rechtsverletzung der Grund ist, aus welchem sie verboten sind. Denn der mit der Rechtsverletzung beabsichtigte Zweck, durch welchen die Art des Verbrechens bestimmt wird, ist dabei nicht an und für sich strafbar, sondern kommt nur in Betracht, weil er durch die Rechtsverletzung erreicht werden sollte [10]), und ebenso hat die Form der Handlung keine selbstständige strafrechtliche Bedeutung, sondern nur insofern sie zur Hervorbringung einer Rechtsverletzung angewendet

---

7) Z. B. bei Verbrechen gegen die Verfassung und Integrität des Staates macht es keinen Unterschied, ob der Verbrecher sich selbst oder einen Anderen in den Besitz der höchsten Staatsgewalt versetzen wollte, oder ob er, indem er etwa bestochen war, pecuniären Vortheil beabsichtigte; ebenso bei Verbrechen gegen das Leben, ob der Verbrecher den Getödteten beerben oder ob er seine Rache befriedigen wollte.

8) Z. B. die Absicht, sich mit der Sache zu bereichern, charakterisirt die Entziehung fremdes Eigenthumes als Diebstahl, während diese Entziehung nur Selbsthülfe ist, wenn sie in der Absicht geschieht, sich die Zahlung einer Forderung zu sichern.

9) Z. B. die Hinwegnahme aus fremder Detention macht die gewinnsüchtige Eigenthumsentziehung zum Diebstahle, während diese Entziehung ohne Detentionsverletzung nur Unterschlagung ist.

10) Etwas Anderes ist es, wenn dieser Zweck selbst auf ein Verbrechen gerichtet ist, indem durch die eine Rechtsverletzung eine andere hervorgebracht werden soll, z. B. wenn durch Brandstiftung eine Revolution zum Ausbruch gebracht werden soll. In einem solchen Falle sind zwei Verbrechen vorhanden, deren jedes durch die Art des Rechtes bestimmt wird, auf dessen Verletzung die Handlung gerichtet war.

worden war [11]). Dagegen können der Zweck, der durch die Rechtsverletzung erreicht werden sollte, und die Form der Handlung, die dazu angewendet war, als Momente für die Bestimmung der Größe der Strafbarkeit in Betracht kommen, insofern daraus eine mehr oder minder gefährliche oder energische Richtung auf die Hervorbringung der Rechtsverletzung erkannt werden kann [12]).

---

11) Man stellt häufig eine besondere Classe formaler Verbrechen auf, der man die Classe der materialen Verbrechen gegenüber setzt. Formale Verbrechen nennt man diejenigen, die ohne Rücksicht auf einen bestimmten Gegenstand des Angriffs lediglich durch die Form der Handlung bestimmt werden, materiale Verbrechen diejenigen, die ein bestimmtes Object der Verletzung haben, mit dessen Bezeichnung die Art des Verbrechens bestimmt sei; vergl. Abegg, Lehrbuch §. 184 und 211. Zu den formalen Verbrechen rechnet man Fälschung, weil der Begriff dieses Verbrechens nicht durch die Verschiedenheit der gefälschten Gegenstände verändert werde, und Gewaltthätigkeit, die in der verschiedenartigsten Richtung, z. B. als Nothzucht, Entführung, Raub, begangen werden könne, ohne daß der Begriff der Gewaltthätigkeit davon betroffen werde. Allein es ist weder Fälschung noch Gewaltthätigkeit denkbar, ohne einen bestimmten Gegenstand, an welchem, und eine bestimmte Richtung, in welcher diese Handlungen begangen werden. Wenn man auch die Fälschung von Münzen und die Fälschung eines Reisepasses in gleicher Weise Fälschung nennen kann, so sind es doch ganz verschiedenartige Verbrechen, und die Fälschung hat dabei keine selbstständige Bedeutung, sondern nur als Weise, ein Verbrechen zu begehen. Vergl. meine Abhandlungen, II. S. 155 ff., und Abegg, §. 211 u. 212.

12) So kann z. B. bei Eigenthumsentziehungen die gewinnsüchtige Absicht als die gefährlichere Richtung gegen fremdes Eigenthum, ferner die Form der Handlung, die Hinwegnahme aus fremder Detention, und die Ueberwindung besonderer Hindernisse, etwa durch Einsteigen oder Einbrechen, als die energischere Richtung, auf die Bestimmung der Strafgröße von Einfluß sein, bei Tödtungen die mehr oder minder gefährliche Form der Begehung, ob durch Gift oder auf andere Weise.

§. 26.

Einzelne Arten der Gesetzesverbrechen.

1) Polizeiverbrechen.

Polizeiverbrechen in dem hier zu betrachtenden materialen Sinne sind solche Verbrechen, durch welche einem seinem Inhalte nach polizeilichen Verbote zuwider gehandelt wird. Das Wort Polizei hat eine doppelte Bedeutung: Theils bedeutet es die polizeiliche Ordnung, die von den Polizeigesetzen aufgestellt wird, Theils die im Staate eingerichteten polizeilichen Behörden. Den Polizeiverbrechen im materialen Sinne liegt die erstere Bedeutung der Polizei zu Grunde, während die Polizeiverbrechen im formalen Sinne nach der anderen Bedeutung bestimmt werden [1]). Die Polizeiverbrechen im materialen Sinne müßten durchaus mit den Polizeiverbrechen im formalen Sinne zusammenfallen, wenn die Competenz der Polizeibehörden sich vollständig und ausschließlich auf Untersuchung und Bestrafung von Uebertretungen polizeilicher Vorschriften erstreckte. Ob aber ein Verbot polizeilichen Inhaltes sei, kann nicht nach der Behörde bestimmt werden, die für die Uebertretung desselben competent ist. Denn wenn es überhaupt einen bestimmten Begriff von polizeilicher Ordnung giebt, so kann ein nach demselben polizeiliches Verbot seine Eigenschaft als solches nicht dadurch verlieren, daß die Competenz über seine Uebertretung einer nicht polizeilichen Behörde zugewiesen ist, sowie umgekehrt ein nach jenem Begriffe nicht polizeiliches Verbot nicht dadurch zum polizeilichen werden kann, daß eine Polizeibehörde für seine Uebertretung competent ist. Der Begriff der polizeilichen Verbote und mithin der Polizeiverbrechen im

1) S. oben §. 20, Nr. 2.

materialen Sinne kann vielmehr nur nach dem Grunde bestimmt werden, aus welchem sie erlassen sind, indem alle Verbote, die aus anderem Grunde als aus Rücksicht auf die polizeiliche Ordnung erlassen sind, darum nicht für polizeiliche gelten können. Die polizeiliche Ordnung besteht aber in der allgemeinen Zucht und Ordnung, deren Beobachtung das sichere, anständige und gedeihliche Beieinanderleben der Menschen erfordert, deren Nichtbeobachtung eine Gefährdung und Störung desselben zu begründen scheint [2]). Was die polizeiliche Ordnung von der Handlungsweise der Menschen verlangt, ist in den Polizeigesetzen ausgesprochen, deren Uebertretungen die Polizeiverbrechen im materialen Sinne bilden; im Allgemeinen kann man Verbrechen gegen die

---

2) Ueber die Begriffsbestimmung der Polizei herrscht bekanntlich unter den Publicisten große Unbestimmtheit, und man hat schon die Möglichkeit bezweifelt, daß überhaupt ein bestimmter Begriff aufgestellt werden könne; vergl. Schmid, Lehrbuch des Staatsrechts, §. 96, Note **; Zöpfl, Grundsätze des Staatsrechts, §. 141; Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht, §. 158 ff. Indessen betrifft die Unbestimmtheit weniger die Anforderungen, die aus Rücksicht auf die polizeiliche Ordnung an die Handlungsweise des Einzelnen gemacht werden, als vielmehr die Frage, die eigentlich auf einen Wortstreit hinausläuft, ob gewisse Functionen der Staatsgewalt, z. B. die Sorge für Unterricht, Cultus, Handel, öffentliche Arbeiten, die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Aehnliches als Ausflüsse der Polizeihoheit anzusehen seien. In Ansehung der von den Einzelnen zu beobachtenden polizeilichen Ordnung ist von jeher die im Texte angedeutete Rücksicht der allgemeine Gesichtspunct gewesen, nach welchem sowohl in den Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 als in allen particularen Polizeiordnungen gewisse Handlungen verboten worden sind. Daß aber in den Polizeigesetzen mitunter Handlungen verboten sind, die unter einen anderen Gesichtspunct fallen, ist schon §. 20, Note 11 bemerkt worden.

Sittenpolizei [3]), gegen die Sicherheitspolizei [4]) und gegen die Wohlfahrtspolizei [5]) unterscheiden. Ein großer Theil dieser Polizeiverbrechen ist particularrechtlich zugleich Polizeiverbrechen in formalem Sinne, oder auch Civilverbrechen, während diejenigen, deren Strafe das der Competenz der Polizeibehörden oder der Civiluntergerichte eingeräumte Strafmaximum übersteigt, zu den Criminalverbrechen gehören [6]).

Nach der angegebenen Bestimmung unterscheiden sich von den Polizeiverbrechen nicht allein die auf die Verletzung bestimmter subjectiver Rechte gerichteten Rechtsverbrechen, sondern auch die übrigen Arten der Gesetzesverbrechen, namentlich die Verbrechen gegen die kirchliche und religiose Ordnung, die Verbrechen gegen die Ordnung gewisser allgemeiner Staatsbürgerpflichten, in welchen in bestimmten Fällen die Verbindlichkeit zu einem positiven Handeln auferlegt wird, und die Verbrechen gegen die Ordnung des Beamtendienstes, da die Verbote, welche durch diese Verbrechen übertreten werden, nicht in der angedeuteten allgemeinen Gefährdung und Störung des Beieinanderlebens, sondern in einer specielleren Rücksicht ihren Grund haben.

§. 27.

2) Verbrechen gegen die kirchliche und religiose Ordnung.

Die kirchliche und religiose Ordnung besteht in der von der Kirche aufgestellten Ordnung der verschiedenen kirchlichen

---

3) Hierher gehören namentlich die Fleischesverbrechen, soweit nicht eine Rechtsverletzung, wie bei der Nothzucht, oder eine Verletzung der kirchlichen Ordnung, wie bei dem Ehebruche, in ihnen enthalten ist.

4) Z. B. verbotenes Waffentragen, verbotene Verbindungen, soweit sie nicht als Complote zu einem Rechtsverbrechen in Betracht kommen, unerlaubter Giftverkauf u. s. w.

5) Z. B. Hazardspiele und wucherliche Handlungen.

6) Vergl. darüber oben §. 20, Note 12.

Institute, in welchen das kirchliche Leben sich äußert und durch welche den Mitgliedern der Kirche bestimmte kirchliche Pflichten auferlegt werden [1]). Verbrechen gegen die kirchliche Ordnung oder kirchliche Verbrechen werden daher diejenigen sein, durch welche diesen Verpflichtungen zuwider gehandelt wird. Die kirchlichen Verbrechen unterscheiden sich von anderen Verbrechen dadurch, daß mit ihnen nicht die vom Staate, sondern die von der Kirche aufgestellte Ordnung verletzt wird. Daher sind mit den kirchlichen Verbrechen nicht zu verwechseln die gegen die Kirche begangenen Rechtsverbrechen, da derselben als einer vom Staate anerkannten moralischen Person bestimmte Rechte zustehen, gegen welche, wie gegen andere Rechte Verbrechen begangen werden können [2]). Ebenso wenig gehören hierher die übrigen gegen die Ordnung des Staates begangenen Rechts- und Gesetzes-Verbrechen, obgleich dieselben auch vom Standpuncte der Kirche aus verwerflich sein, und deßwegen ihrer Ermahnung und Zucht unterliegen können [3]). Die kirchliche Ordnung wird, wie sie von der Kirche ausgegangen ist, von

---

1) Diese Institute sind das Symbol, die Litnrgie und der Cultus, die Sacramente (zu welchen bei den Katholiken auch die Ehe gehört, während dieselbe bei den Evangelischen ein besonderes unter der Ordnung der Kirche stehendes Institut ist), die Sacramentalien, Eid und Gelübde, Fasten, Begräbniß, Ordens- und Klosterwesen.

2) Dahin gehören nicht allein die Vermögensrechte der Kirche, an welchen z. B. Kirchendiebstahl begangen werden kann, sondern auch das Recht der Kirche auf Existenz und ungestörte Wirksamkeit, wogegen durch Verletzung, Schmähungen und Beleidigung der Gegenstände religioser Verehrung und durch Störung der gottesdienstlichen und anderen religiosen Handlungen Verbrechen begangen werden können, die aber als Rechtsverbrechen aufgefaßt werden müssen.

3) Ueber den früheren weiten Umfang des kirchlichen Strafrechtes s. oben S. 73 und S. 119 u. 120.

ihr selbst durch die ihr zu Gebote stehenden Mittel gehandhabt [4]). Bei dem innigen Verhältnisse, in welchem Staat und Kirche zu einander stehen, hat aber der Staat die kirchliche Ordnung zum Theil auch zu der seinigen gemacht, indem er manche Verletzungen derselben auch mit weltlicher Strafe bedroht hat [5]). Durch solche Strafbedrohung werden die kirchlichen Verbrechen allerdings auch zu weltlichen Verbrechen, da der Staat dieselbe nicht erlassen haben könnte, wenn er das kirchliche Verbot nicht auch als das seinige angenommen hätte [6]); aber es wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Verletzung der kirchlichen Ordnung der Grund ist, aus welchem die hierher gehörigen Handlungen verboten sind, und daß sie deßhalb von anderen Handlungen, die aus anderem Grunde verboten sind, unterschieden werden müssen. Die kirchlichen Verbrechen sind eine besondere Art der Gesetzesverbrechen, da die Verletzung der kirchlichen Ordnung

---

4) Ueber diese kirchlichen Zucht- und Strafmittel, welche das weltliche Strafrecht nicht berühren, vergl. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, §. 198 ff.

5) Die Angabe der einzelnen kirchlichen Verbrechen gehört in den besonderen Theil. Welche Verletzungen der kirchlichen Ordnung der Staat mit weltlicher Strafe zu bedrohen für nöthig findet, hängt Theils von dem religiosen Standpuncte ab, den er eingenommen hat, Theils von der Wichtigkeit, welche einzelne Theile der kirchlichen Ordnung für die Ordnung des Staates zu haben scheinen. Die erstere Rücksicht hat in früherer Zeit dazu geführt, Ketzerei und Aehnliches für Verbrechen zu erklären; aus der anderen Rücksicht kann der Staat nicht umhin, Verletzung der Ehe und des Eides mit Strafe zu bedrohen.

6) Alle mit weltlicher Strafe bedrohten Handlungen sind weltliche Verbrechen, obgleich der Grund der Strafbedrohung ein kirchlicher sein kann. Ueber die frühere, jetzt unpraktische Unterscheidung in delicta ecclesiastica, saecularia und mixta s. oben S. 120, Note 5.

nicht als die Verletzung eines der Kirche zustehenden subjectiven Rechtes aufgefaßt werden kann [7]).

§. 28.

3) Verbrechen gegen die Ordnung allgemeiner Staatsbürgerpflichten zu einem positiven Handeln, oder Unterlassungsverbrechen.

In gewissen Fällen legen die Gesetze eine allgemeine Verbindlichkeit zu einem positiven Handeln in der Weise auf, daß die Unterlassung desselben ein Verbrechen bildet, welches demgemäß als Unterlassungsverbrechen bezeichnet werden kann [1]). Zu diesen Fällen gehört Theils die hinsichtlich mancher Verbrechen auferlegte Verpflichtung, dieselben zu Anzeige zu bringen [2]), Theils die Verbindlichkeit zu manchen Handlungen,

---

7) Es könnte hier allenfalls von einer Verletzung des Rechtes auf Gehorsam die Rede sein, den die Kirche von ihren Mitgliedern verlangen darf. Aber die Verletzung dieses Rechtes kann so wenig bei der Kirche als bei dem Staate der Grund sein, aus welchem eine Handlung verboten ist; s. oben §. 24, Note 2.

1) Ueber Unterlassungsverbrechen im Allgemeinen vergl. Spangenberg, im neuen Archiv des C.R. IV. S. 527 ff., und zum Theil dagegen meine Abhandlungen, I. 467 ff. und II. S. 219 ff.

2) Die Anzeigepflicht ist im gemeinen Rechte nur ausnahmsweise anerkannt; hinsichtlich begangener Verbrechen nur bei der Bestechung, wo der Beamte, dem der Bestechungsantrag geschehen war und auch die übrigen Gerichtspersonen dazu verbunden sind; R. K. G. Visitations-Abschied von 1713, §. 46; vergl. Martin, Lehrbuch §. 223, Note 20; und bei der Gotteslästerung, R. P. O. von 1548 und 1577, Tit. I. §. 2. 4. 5; hinsichtlich bevorstehender oder in ihrer Wirksamkeit noch fortdauernder Verbrechen bei der Münzfälschung, L. 1. C. de falsa moneta (IX. 24.), R. Münzordnung von 1559, §. 161—163, und bei dem Hochverrathe, wenigstens nach der Auslegung, die gewöhnlich der L. 5. §. 6. C. ad leg. Jul. maj. (IX. 8.) gegeben wird, obgleich eigentlich in §. 6 cit. nur steht, daß die Theilnehmer am Hochverrathe mit gleicher Strenge als die Hochverräther selbst bestraft werden sollen,

durch welche Gefahr und Nachtheil von Anderen abgewendet werden kann [3]), Theils endlich die Pflicht, den öffentlichen Behörden, soweit sie zum Befehlen berechtigt sind, Gehorsam

---

und in §. 7 eod., daß sie, wenn sie die Verschwörung sogleich Anfangs anzeigen, belohnt werden, und wenigstens nicht bestraft werden sollen, wenn sie die Sache erst später zur Anzeige bringen; vergl. meine Abhandlungen II. S. 250, Note 2. Hinsichtlich begangener Verbrechen geht von den neuen Gesetzbüchern das Bayerische am Weitesten, indem es Art. 88 bei denjenigen Verbrechen, die Todes-, Ketten-, oder Zuchthaus-Strafe nach sich ziehen, eine allgemeine Anzeigepflicht aufstellt, während das Preussische, Oestereichische, Hannoversche und Großherzoglich Hessische Gesetzbuch dem Einzelnen, nicht besonders dazu Angestellten eine solche Zumuthung gar nicht machen. Das Sächsische Gesetzbuch Art. 40, das Würtembergische Art. 94 und das Braunschweigische Art. 48 legen eine allgemeine Pflicht zur Anzeige Demjenigen auf, der den wahren Verbrecher kennt, und weiß, daß ein Unschuldiger zur Untersuchung gezogen worden. Hinsichtlich bevorstehender Verbrechen findet unter den neuen Gesetzbüchern größere Uebereinstimmung Statt, indem in den meisten die allgemeine Verbindlichkeit auferlegt ist, entweder der Obrigkeit Anzeige zu machen, oder den Bedroheten zu warnen, oder auf andere Weise, soweit es ohne Gefahr geschehen kann, die Begehung zu hintertreiben. Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20, §. 80—82. Oester. G.B. §. 191. Bayer. G.B. Art. 78. Sächs. G.B. Art. 39. Würtemb. G.B. Art. 93. Braunschw. G.B. Art. 48. Im Hannoverschen und Großherzogl. Hessischen G.B, dagegen ist auch diese Pflicht nicht allgemein, sondern nur bei einzelnen Verbrechen, namentlich beim Hochverrathe auferlegt. Vergl. übrigens noch Hepp, im Archiv des C.R. neue Folge, 1837, S. 30 ff.

3) Hierher gehört die Pflicht, die Verbrechen Anderer zu verhindern, oder den Bedroheten zu warnen, die das gemeine Recht dem Sohne auferlegt, der von einem Mordanschlage gegen seinen Vater weiß, L. 2. D. de leg. Pomp. de paric. (XLVIII. 9.) Ueber die neuen Gesetzbücher vergl. die vorige Note am Ende. Das Preussische L.R. Th. II. Tit. 20, §. 782, und das Würtembergische Polizeistrafgesetzbuch Art. 32 sprechen außerdem die allgemeine Verbindlichkeit aus, Andere aus Lebensgefahr zu retten, wenn es ohne eigene Gefahr geschehen kann. Auch sind häufig in den Polizeigesetzen gemeingefährliche Unterlassungen

zu leisten [4]). In diesen Fällen wird das Verbrechen begangen lediglich durch die Unterlassung der Handlung, zu deren Begehung eine gesetzliche Verbindlichkeit vorhanden war. Die Unterlassungsverbrechen sind daher Gesetzesverbrechen, da sie nicht auf die Verletzung eines subjectiven Rechtes gerichtet sind, sondern nur in der Nichterfüllung einer gesetzlich auferlegten Verbindlichkeit bestehen. Denn die Nichtanzeige eines Verbrechens enthält auf keinen Fall die Richtung auf eine Verletzung des Rechtes, das durch dasselbe verletzt war oder verletzt werden sollte. Ebenso wenig kann die Unterlassung solcher Handlungen, durch welche Gefahr und Nachtheil von Anderen abgewendet werden kann, als eine Richtung auf die Verletzung der gefährdeten Rechte angesehen werden, wenn nicht in dieser Unterlassung, sondern in einem anderen Umstande die Ursache liegt, aus welcher die Verletzung eintreten mußte. Endlich kann der Ungehorsam gegen die Befehle einer öffentlichen Behörde nicht als eine Rechtsverletzung gegen dieselbe und folgeweise gegen den Staat aufgefaßt werden, da mit dem bloßen Ungehorsam oder der Nichterfüllung einer auferlegten Verbindlichkeit keine Widersetzlichkeit gegen die Ausübung der Staatsgewalt begangen wird. Es ist herkömmlich, die Unterlassungsverbrechen, delicta omissionis, zu einer Eintheilung des Verbrechens zu benutzen, indem man denselben die Begehungsverbrechen, delicta commissionis, gegenüberstellt, die durch die Begehung einer verbotenen Handlung begangen werden [5]). Allein eine eigentliche Eintheilung

---

verboten, z. B. einen gewissen Wasservorrath gegen Feuersgefahr zu halten; ansteckende Krankheiten anzuzeigen und Aehnliches.

4) Daher haben die Behörden das Recht, ihre Befehle unter Androhung von Ungehorsamsstrafen zu erlassen und dieselben zu vollziehen.

5) Vrgl. Wächter, Lehrbuch §. 65, Feuerbach, Lehrbuch §. 24, und dazu Mittermaier in der Note.

des Verbrechens in Begehungsverbrechen und in Unterlassungsverbrechen kann nicht gemacht werden, da die letzteren als solche keine eigenthümlichen Merkmale haben, welche den ersteren als solchen abgingen [6]). Denn sie haben durchaus die nämlichen Merkmale gemein mit den übrigen Arten der Gesetzesverbrechen, die nach jener Eintheilung zu den Begehungsverbrechen gerechnet werden müßten. Auch durch die Unterlassungsverbrechen wird, wie durch die übrigen Arten der Gesetzesverbrechen, ein gesetzliches Verbot verletzt, welches nicht aus Rücksicht auf die Verletzung subjectiver Rechte erlassen ist, und der Unterschied besteht nur darin, daß dieses Verbot bei diesen gegen die Begehung bestimmter Handlungen, bei jenen gegen die Unterlassung bestimmter Handlungen gerichtet ist. Wie kein Verbrechen möglich ist ohne ein Verbot, das durch dasselbe übertreten wird, so setzen auch die Unterlassungsverbrechen ein solches voraus, welches hier in dem Gebote besteht, die Handlung zu begehen, deren Unterlassung verboten ist [7]). Mit den Unterlassungsverbrechen sind nicht zu ver-

---

6) Vergl. oben §. 16, Note 2.

7) Mit Unrecht behauptet Feuerbach §. 24, daß die Verbindlichkeit zum positiven Handeln, die durch das Unterlassungsverbrechen übertreten werde, auch durch Vertrag begründet werden könne. Diese Ansicht, die sich auch in meinen Abhandlungen I. S. 468 findet, aber bereits im zweiten Bande S. 227 ff. von mir berichtigt worden ist, hat nachdem wieder angenommen Schaffrath, Theorie des allgemeinen Thatbestandes, §. 231. Die Nichterfüllung einer Vertragspflicht kann zwar eine verbrecherische Unterlassung sein, wenn sie nämlich das Mittel ist, ein anderes Verbrechen hervorzubringen, wie z. B. durch Unterlassung vertragsmäßig übernommener Alimentation das Verbrechen der Tödtung begangen werden kann: allein durch diese Unterlassung wird kein Unterlassungsverbrechen begangen, da sie nicht als solche, sondern nur als Mittel zu einem anderen Verbrechen in Betracht kommt. Dieses Mittels kann sich freilich nur Derjenige bedienen, der die Pflicht hatte, die Alimentation zu prästiren: aber die Nichterfüllung der Ali-

wechseln die Unterlassungen, durch welche andere Verbrechen als Unterlassungsverbrechen begangen werden können. Denn eine Unterlassung ist an und für sich Nichts Anderes als eine Weise zu handeln, da sie nur in der Begehung einer anderen als der unterlassenen Handlung besteht. Daher können auch bloße Unterlassungen unter das Verbot fallen, in welchem die Begehung bestimmter Handlungen verboten ist, wenn nämlich die rechtswidrige Richtung in ihnen gefunden werden kann, gegen welche das Verbot überhaupt erlassen worden ist. Solche Unterlassungen haben die Eigenschaft eines Verbrechens, ohne daß es dazu eines besonderen Gesetzes bedarf, in welchem die Unterlassung als solche verboten ist, da sie nur eine der verschiedenen Weisen sind, auf welche einem Ver-

---

mentationspflicht ist nicht das Verbrechen, auf das es hier ankommt, wie es denn auch Niemandem einfallen wird, in der Nichterfüllung eines Alimentationsvertrages ohne Weiteres ein Verbrechen zu erblicken. Daß die Dienstverbrechen der Beamten nicht Verletzungen vertragsmäßiger Verpflichtungen sind, s. im folgenden §. 29. Nach dem Lehnrechte verwirkt zwar der Vasall durch unterlassene Vertheidigung des Lehnsherrn das Lehngut: allein es kann darin keine Strafe, sondern nur die vertragsmäßig bedungene Folge der Felonie gefunden werden, da das Lehngut dem Vasallen nur unter der Bedingung der Lehnstreue gegeben war. II. Feud. 27. §. 2 u. 3. — Spangenberg, im neuen Archiv des C.R. IV. S. 527 ff. behauptet, daß auch aus den besonderen persönlichen Verhältnissen, die zwischen Ehegatten, zwischen Ascendenten und Descendenten bestehen, sowie aus dem Verhältnisse des Vormundes zu dem Unmündigen und des Unterthanen zu dem Landesherrn die Pflicht entspringe, sie gegen Angriffe zu vertheidigen, und daß die Nichterfüllung dieser Pflicht auch in Ermangelung besonderer Pönalsanctionen ein Verbrechen bilde. Wenn diese Pflicht unter einer Strafdrohung auferlegt wäre, so würde durch Nichterfüllung derselben allerdings ein Unterlassungsverbrechen begangen werden. Allein in Ermangelung einer Pönalsanction kann diese Pflicht nicht als eine eigentliche Rechtspflicht angesehen werden. Vergl. meine Abhandlungen II. S. 238.

bote zuwider gehandelt werden kann [8]). Die Unterlassungsverbrechen dagegen setzen ein besonderes Gesetz voraus, in welchem die Unterlassung als solche verboten ist, und können auch durch positive Handlungen begangen werden [9]).

§. 29.

4) Verbrechen gegen die Ordnung specieller Dienstpflichten.

Zu den Gesetzesverbrechen gehören auch die Verletzungen der speciellen Dienstpflichten, zu welchen öffentliche Diener durch das Dienstgesetz, unter welchem sie stehen, verpflichtet sind. Die Dienstverbrechen der öffentlichen Diener pflegen als besondere Verbrechen (delicta propria) bezeichnet zu werden, weil sie nur von den im öffentlichen Dienste Stehenden begangen werden können, im Gegensatze der gemeinen Verbrechen (delicta communia), worunter alle übrigen Verbrechen verstanden werden [1]). Mit den Dienstverbrechen dürfen nicht verwechselt werden die von öffentlichen Dienern begangenen gemeinen Verbrechen, deren sich dieselben, wie andere Personen schuldig machen können. Alle Verbrechen, deren sich auch Andere, als öffentliche Diener, schuldig machen können, sind gemeine Verbrechen, und können auch nicht da-

---

8) Von diesen Unterlassungen kann erst im dritten Capitel dieser Abtheilung die Rede sein. Vergl. darüber vorläufig meine Abhandlungen II. S. 224 ff.

9) So kann z. B. die Unterlassung der schuldigen Anzeige dadurch begangen werden, daß man statt derselben etwas Anderes vornimmt.

1) Diese Terminologie findet sich schon im Römischen Rechte, L. 2. D. de re milit. (XLIX. 16.) „Militum delicta sive admissa aut sunt propria aut cum caeteris communia, unde et persecutio aut propria aut communis est. Proprium militare delictum est, quod quis uti miles admittit.“ Ueber die delicta propria vergl. im Allgemeinen meine Abhandlungen II. S. 146 f.

durch zu besonderen Verbrechen werden, daß der öffentliche Diener aus seiner amtlichen Stellung Gelegenheit und Mittel zu ihrer Begehung genommen hatte [2]). Dienstverbrechen sind vielmehr nur solche Verbrechen, durch welche Nichts weiter verletzt wird als die Dienstpflicht, und welche deßwegen nur von Denen, die derselben unterworfen waren, begangen werden können. Solche Verbrechen dürfen nicht aufgefaßt werden als eine Verletzung des vertragsmäßigen Rechtes auf Erfüllung der Dienstpflicht, das der Staat durch Abschließung des Dienstvertrages mit dem öffentlichen Diener erworben habe. Denn durch den Dienstvertrag kann nur das Dienstverhältniß begründet werden, vermöge dessen der Einzelne der Dienstpflicht unterworfen wird, nicht aber die Dienstpflicht selbst, die nur auf einem Gesetze beruhen kann [3]). Die Dienstverbrechen sind daher eine Art der Gesetzesverbrechen, da sie nicht auf eine Verletzung subjectiver Rechte gerichtet sind, sondern lediglich in einer Uebertretung des Dienstgesetzes bestehen [4]). Insofern die öffentlichen Diener durch

---

2) Zu manchen Verbrechen giebt das öffentliche Dienstverhältniß Gelegenheit und Mittel, die außerhalb desselben nicht zu Gebote stehen, wie z. B. von einem Richter durch ungerechte Verurtheilung das Verbrechen der Tödtung, von einem General durch Uebergabe einer Festung das Verbrechen des Hochverrathes begangen werden kann, ohne daß es sich hier von anderen als von gemeinen Verbrechen handelt, L. 4. pr. D. ad leg. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) L. 2. 3. D. ad leg. Jul. majest. (XLVIII. 4.)

3) Vergl. Zachariä, deutsches Staatsrecht §. 114.

4) Schaffrath, Theorie des allgemeinen Thatbestandes, §. 226, begreift nicht, wie ich in meinen Abhandlungen, II. S. 180 ff., habe verkennen können, daß in den delicta propria die Verletzung eines subjectiven Rechtes liege. Er scheint davon auszugehen, daß die Verletzung einer Amtspflicht nicht denkbar sei, ohne die Verletzung eines entsprechenden Rechtes. Aber die Amtspflicht ist Nichts Anderes, als das den Einzelnen verbindende Amts- oder Dienst-Gesetz, welches eben Gesetz

das Dienstgesetz vorzüglich zu positiven Amtsverrichtungen verbunden sind, können die Dienstverbrechen auch in Unterlassungsverbrechen bestehen [5]). Die einzelnen Arten der Dienstverbrechen bestimmen sich nach den verschiedenen Zweigen des öffentlichen Dienstes, die im Staatsleben vorkommen. Im Allgemeinen müssen zu dem öffentlichen Dienste alle Functionen gerechnet werden, zu welchen eine öffentliche Bestellung und Verpflichtung auf ein Dienstgesetz Statt findet [6]). Soweit die Dienstverbrechen nicht mit so schweren Strafen bedroht sind, daß sie zu den peinlichen Verbrechen gerechnet werden müssen [7]), pflegen sie Disciplinar-Verbrechen oder Vergehen genannt zu werden, und der Disciplinarstrafgewalt der dem öffentlichen Diener vorgesetzten Behörden unterworfen zu sein [8]).

---

und deßwegen kein subjectives Recht ist, auf welches von einem Berechtigten verzichtet werden könnte. Man kann zwar von einem Rechte auf Gehorsam sprechen, das dem Staate in Beziehung auf seine Gesetze zusteht: aber die Verletzung dieses Rechtes kann nicht der Grund sein, aus welchem eine Handlung Verbrechen ist; vergl. oben §. 24, Note 2. Schaffrath a. a. O. macht sich aber eines argen Widerspruches schuldig, wenn er die delicta propria zu den Rechtsverbrechen rechnet und wenige Zeilen vorher behauptet, die unterlassene Verhinderung oder Anzeige eines Verbrechens sei kein Rechtsverbrechen. Denn nach dem von ihm angeführten Sächsischen Gesetzbuche Art. 39 ist die Unterlassung der Anzeige der Regel nach ein delictum proprium, da mit Ausnahme der in dem Artikel besonders genannten Verbrechen die Verbindlichkeit dazu nur auf besonderer Amtspflicht beruht.

5) Vergl. §. 28, Note 7.

6) Daher gehören hierher nicht bloß die Dienstverbrechen der eigentlichen unmittelbaren oder mittelbaren Staatsdiener, sondern auch der Militarpersonen, Advocaten, Aerzte u. s. w.

7) S. oben §. 20.

8) Vergl. Zachariä, deutsches Staatsrecht, §. 117, Nr. III.

Drittes Capitel.

Thatbestand des Verbrechens.

§. 30.

Begriff des Thatbestandes. Allgemeiner und besonderer Thatbestand.

Der Thatbestand des Verbrechens ist der Inbegriff der Merkmale, die eine Handlung an sich tragen muß, um unter den Begriff des Verbrechens subsumirt werden zu können [1]).

---

1) Der Ausdruck „Thatbestand" findet sich zum ersten Male gebraucht von Klein, Grundsätze des gemeinen teutschen und preussischen peinlichen Rechts, 1796, §. 68. In den Werken der älteren Criminalisten kommt dafür der Ausdruck „corpus delicti" vor, den, soviel bekannt ist, zum ersten Male anwendet Farinacius, variae quaestiones et communes opiniones criminales, 1581, lib. I. tit. 2. qu. 1 und 2. Mit diesem Ausdrucke wurde ursprünglich die Gewißheit eines begangenen Verbrechens bezeichnet, weßhalb auch die Ausdrücke veritas oder existentia delicti ganz gleichbedeutend mit corpus delicti gebraucht werden, sowohl von Farinacius selbst, als auch von den älteren Criminalisten, die vor und nach ihm geschrieben haben; vergl. das Nähere darüber in meinen Abhandlungen II. S. 16 ff. Der Begriff von dem corpus delicti wurde von den Practikern zunächst in processualischer Beziehung ausgebildet, um damit die nothwendige Voraussetzung zu bezeichnen, die sowohl nach der Natur der Sache, als nach Vorschrift der Gesetze vorhanden sein muß, um gegen eine bestimmte Person als auctor delicti zu verfahren. L. 1. §. 24. D. de SC. Silaniano (XXIX. 5.) L. 1. C. ubi causae fisc. agant. (III. 26) Carolina Art. 6. Diese Voraussetzung, die eben in der Gewißheit oder wenigstens Wahrscheinlichkeit besteht, daß wirklich ein Verbrechen begangen worden, wird bei den Verbrechen, die ihrer Natur nach bleibende Spuren zurücklassen (delicta facti permanentis), in der Regel durch diese selbst gegeben, wie denn auch der Ausdruck corpus delicti zuerst bei dem Verbrechen der Tödtung von dem Leichnam des Gemordeten gebraucht wurde. Bei den Verbrechen, die keine bleibenden Spuren zurücklassen, delicta facti transeuntis, konnte von einem corpus

Der Thatbeſtand des Verbrechens iſt daher etwas Anderes als der Begriff deſſelben. Dieſer beſteht aus den Merkmalen, die eine Handlung als Verbrechen charakteriſiren, oder die daſſelbe von dem unterſcheiden, was nicht Verbrechen iſt [2]): jener aus den Merkmalen, durch welche eine Handlung die in dem Begriffe deſſelben enthaltenen Merkmale erhält. Das Verbrechen iſt nach ſeinem formalen Begriffe eine ſtrafbare Handlung, nach ſeinem materialen Begriffe eine verbotene Handlung [3]): der Thatbeſtand iſt der Inbegriff der Merk-

---

delicti nur inſofern die Rede ſein, als durch Anzeige, Gerücht, Geſtändniß oder auf andere Weiſe die Gewißheit oder Wahrſcheinlichkeit hergeſtellt wurde, daß wirklich ein Verbrechen verübt worden ſei. Wie aber ein Leichnam und andere äußere Spuren nur unter der Vorausſetzung, daß ſie durch eine verbrecheriſche Handlung hervorgebracht ſeien, den Beweis für ein begangenes Verbrechen liefern, und wie überhaupt die Gewißheit oder Wahrſcheinlichkeit eines begangenen Verbrechens nicht gedacht werden kann, ohne daß von dem Daſein der Merkmale ausgegangen wird, vermöge deren eine Handlung unter den Begriff des Verbrechens ſubſumirt werden muß, ſo iſt auch ein corpus delicti in dem Sinne von veritas oder existentia delicti nicht denkbar, ohne daß zugleich an ein corpus delicti in dem Sinne gedacht wird, daß darunter der Inbegriff der Thatſachen verſtanden wird, ohne welche eine Handlung überhaupt nicht als Verbrechen angeſehen werden kann. Daher wird das zur Einleitung der Specialinquiſition nothwendige Erforderniß des corpus delicti in dem Sinne von veritas delicti von den Practikern auch häufig mit der Redensart „constare debet de corpore delicti“ conſtruirt, wobei corpus nicht den Beweis, ſondern den Inbegriff der zu beweiſenden Thatſachen bedeutet. Von dem corpus delicti in dieſem Sinne iſt hier die Rede. Vergl. meine Abhandlungen, II. S. 40 ff. Häufig bedient man ſich noch des Ausdruckes corpus delicti, um die Spuren des begangenen Verbrechens, den Leichnam, die geſtohlenen Sachen, die Brandſtätte u. ſ. w. zu bezeichnen, wofür der Ausdruck Thatbeſtand allerdings nicht wohl gebraucht werden kann; vergl. meine Abhandlungen, II. S. 39, Note 2 und S. 42, Note 1.

2) Vergl. oben §. 14.

3) Vergl. oben §. 15 und §. 23.

male, vermöge welcher eine Handlung als die ſtrafbare und verbotene oder als die in dem Strafgeſetze gemeinte angeſehen werden muß. Der angegebene Begriff des Verbrechens iſt aber ein durchaus allgemeiner, der nur auf einer wiſſenſchaftlichen Abſtraction beruht und nur in der Wiſſenſchaft ſeine Stelle hat; in der Wirklichkeit kann es nur einzelne, beſtimmte verbotene Handlungen geben, in welchen jener allgemeine Begriff in einer beſtimmten Form und Richtung zur Erſcheinung kommt. Ebenſo kann es in der Wirklichkeit nur den Thatbeſtand dieſer einzelnen beſonderen Verbrechen geben, da eine verbotene Handlung im Allgemeinen nicht vorkommen und alſo immer nur davon die Rede ſein kann, ob eine Handlung die Merkmale an ſich trage, um als die beſtimmte verbotene Handlung angeſehen werden zu können. Der Begriff der einzelnen beſonderen Verbrechen wird beſtimmt durch den Inhalt des in dem Strafgeſetze enthaltenen Verbotes, welches durch das Verbrechen übertreten wird. Wenn es auch nicht nöthig und nicht ein Mal zweckmäßig iſt, daß der Begriff des einzelnen beſonderen Verbrechens in dem Strafgeſetze ausdrücklich aufgeſtellt und ausgeſprochen werde, ſo muß daſſelbe doch nach ſeinen Merkmalen in der Art darin bezeichnet ſein, daß aus denſelben der Begriff conſtruirt werden kann. In derſelben Weiſe muß der Thatbeſtand des einzelnen beſonderen Verbrechens durch den Inhalt des in dem Strafgeſetze enthaltenen Verbotes beſtimmt werden, da es nur von den Merkmalen, mit welchen die verbotene Handlung in dem Strafgeſetze bezeichnet iſt, abhängen kann, welche Merkmale eine Handlung an ſich tragen müſſe, um dieſelben zu erhalten. Wie es aber einen allgemeinen Begriff des Verbrechens giebt, von welchem die verſchiedenen beſonderen Verbrechen nur die verſchiedenen Erſcheinungsformen ſind, und wie ſich in dem Begriffe jedes beſonderen Verbrechens der allgemeine Begriff des Verbrechens wieder finden

muß, so muß es auch einen allgemeinen Thatbestand des Verbrechens geben, der den besonderen Thatbeständen der verschiedenen besonderen Verbrechen zu Grunde liegen muß, und von welchem dieselben nur besondere Erscheinungsformen sein können. Die Bedeutung dieses allgemeinen Thatbestandes besteht darin, daß in Ermangelung desselben auch nicht der besondere Thatbestand eines bestimmten Verbrechens vorhanden sein kann.

§. 31.

Bestandtheile oder Merkmale des Thatbestandes. Subjectiver und objectiver Thatbestand.

Um unter den Begriff des Verbrechens subsumirt werden zu können, muß eine Handlung zwei Merkmale an sich tragen, die in ihrer Vereinigung den Thatbestand des Verbrechens herstellen. Das eine Merkmal ist, daß sie aus verbrecherischer Willensbestimmung hervorgegangen sei, das andere, daß sie von solcher äußeren Beschaffenheit sei, daß sie als aus der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgegangen angesehen werden muß. Für das erste Merkmal kann man den Ausdruck subjectiver Thatbestand, für das andere den Ausdruck objectiver Thatbestand gebrauchen [1]), obgleich nur beide Merkmale zusammen den vollen Thatbestand ausmachen.

Die verbrecherische Willensbestimmung besteht in dem Willen, eine verbotene Handlung zu begehen. Sie ist der Widerspruch des individuellen unvernünftigen Willens gegen den in jedem Verbote liegenden vernünftigen Gesammtwillen, daß die verbotene Handlung nicht begangen werden soll. Es ist unmöglich, daß Jemand dem vernünftigen Gesammtwillen

1) Vergl. Hefftter, Lehrbuch §. 59. Ueber die abweichenden Ansichten Anderer vergl. §. 32.

zuwider handelt, so lange seine Handlungen aus einem Willen hervorgehen, der mit demselben übereinstimmt. Darum kann nur die aus der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgegangene Handlung diejenige sein, die in dem Verbote gemeint ist, und kann es kein Verbrechen geben, zu dessen Thatbestande nicht der Wille gehörte, die Handlung zu begehen, die nach dem Willen des Verbotes, welches durch dasselbe übertreten wird, nicht begangen werden sollte [2]). In der Wirklichkeit giebt es aber kein Verbrechen im Allgemeinen, sondern nur besondere, bestimmte Verbrechen; ebenso kann die verbrecherische Willensbestimmung nur in der besonderen Richtung auf die Begehung eines bestimmten Verbrechens vorkommen [3]). Da dem Verbote, welches durch das Verbrechen übertreten wird, nicht anders als mit der verbrecherischen Willensbestimmung zuwider gehandelt werden kann, so kann es auch nur die besondere Richtung derselben sein, wornach eine Handlung unter den Begriff dieses oder jenes besonderen Verbrechens subsumirt werden muß. Handlungen, die aus der nämlichen Richtung der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgegangen sind, bilden das nämliche Verbrechen, wenn sie auch ihrer äußeren Erscheinung nach verschieden sein sollten, sowie umgekehrt Handlungen, die aus verschiedener Richtung der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgegangen sind, verschiedene Verbrechen bilden, wenn sie auch ihrer äußeren Beschaffenheit nach einander gleich sein sollten [4]).

---

2) Vergl. oben §. 7 der Einleitung.

3) Z. B. als Wille zu tödten, zu stehlen u. s. w.

4) L. 53. pr. D. de furtis (XLVII. 2.) „Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.“ Paulus, S. R. v. 23. §. 3. „Consilium uniuscujusque, non factum puniendum est.“ L. 14. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) „In maleficiis voluntas

Aus dem einen Merkmale ergiebt sich von selbst das andere angegebene Merkmal des Thatbestandes. Wenn nur die aus der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgegangene Handlung die verbotene sein kann, so muß sie auch eine solche äußere Beschaffenheit haben, daß sie als aus derselben hervorgegangen angesehen werden kann. Denn so wenig der bloße Wille, der noch nicht zur Handlung geworden, den Thatbestand des Verbrechens herstellen kann, da es das Recht überhaupt nur mit Handlungen zu thun hat, und also nur Handlungen verboten sein können [5]), ebenso wenig kann eine Handlung, deren äußere Beschaffenheit von der Art ist, daß sie nach einer vernünftigen Beurtheilung nicht aus verbrecherischer Willensbestimmung hergeleitet werden kann, als die verbotene angesehen werden [6]). Außerdem würde man den bloßen Gedanken bestrafen, indem eine Handlung, deren äußere Beschaffenheit nicht dafür spricht, daß sie aus der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgegangen, gar nicht als aus derselben hervorgangen angesehen werden kann. Es könnte zwar Jemand behaupten, daß er bei einer solchen Handlung dennoch die verbrecherische Willensbestimmung gehabt habe;

---

spectatur, non exitus." L. 1. §. 3. D. eod. Z. B. alle Handlungen, die aus dem Willen zu tödten hervorgegangen sind, gehören zu dem Verbrechen der Tödtung, mögen sie in einem gänzlich fehlgeschlagenen Angriffe oder in Verwundung oder in vollständiger Tödtung bestehen. Auf der anderen Seite ist das Hinwegnehmen einer fremden Sache, wenn es mit dem Willen, sich daran zu bereichern, geschieht, ein anderes Verbrechen, als wenn es aus dem Willen, dem Anderen Schaden zuzufügen, hervorgegangen ist.

5) L. 18. D. de poenis (XLVIII. 19.) „Cogitationis poenam nemo patitur." L. 53. §. 2. D. de V. S. (L. 16.) „Nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit."

6) L. 1. §. 3. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) P.G.O. Art. 178: „solcher böser will, daraus etliche werke, als obsteht, volgen, ist peinlich zu strafen."

allein mit einer solchen Behauptung würde er Nichts weiter als den Gedanken an das Verbrechen eingestehen, während die äußere Beschaffenheit seiner Handlung den Beweis liefern würde, daß er wenigstens nicht in diesem Gedanken gehandelt habe.

In der Erörterung des allgemeinen Thatbestandes werden die beiden angegebenen Merkmale, abgesehen von ihrer Richtung auf ein besonderes Verbrechen hinsichtlich ihres Inhaltes, ihrer allgemeinen Erfordernisse und der verschiedenen Formen, unter welchen sie vorkommen können, in Betracht gezogen.

§. 32.

Abweichende Ansichten über den allgemeinen Thatbestand.

Die angegebenen beiden Merkmale gehören Theils nothwendig, Theils ausschließlich sowohl zu dem allgemeinen als zu dem besonderen Thatbestande des Verbrechens. Die Rechtslehrer stimmen aber keineswegs überein über die Frage, welche Merkmale den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens ausmachen. Theils behaupten sie, daß die verbrecherische Willensbestimmung nicht nothwendig in den allgemeinen Thatbestand gehöre, Theils daß noch andere als die angegebenen beiden Merkmale in denselben aufgenommen werden müssen.

1) Die verbrecherische Willensbestimmung pflegt von den Criminalisten nicht in der Weise, in welcher es hier geschehen, als ein Bestandtheil oder Merkmal des allgemeinen Thatbestandes angegeben zu werden. Dagegen soll nach der gewöhnlichen Lehre zu dem besonderen Thatbestande vieler besonderer Verbrechen der dolus gehören, namentlich aller derjenigen Verbrechen, in deren Begriff derselbe so nothwendig aufgenommen sei, daß ein culposes Verbrechen dieser Art entweder schlechthin oder doch, ohne den Namen selbst zu verlie-

ren, unmöglich sei. Bei Verbrechen aber, die auch culpose begangen werden könnten, könne man den dolus nicht zum Thatbestande rechnen, indem er alsdann, sowie auch die culpa, nur ein Grund sei, den Grad der Strafbarkeit zu bestimmen [1]). An dieser Lehre ist zwar das richtig, daß es besondere Verbrechen gebe, zu deren besonderem Thatbestande der dolus nicht gehöre: dagegen ist unrichtig, daß es besondere Verbrechen gebe, zu deren Thatbestande weder dolus noch culpa gehöre, oder welche ebensowohl dolos als culpos begangen werden können. Es giebt allerdings Verbrechen, die nicht anders als dolos begangen werden können [2]), sowie andere Verbrechen nur culpos verübt werden können [3]): aber es giebt kein Verbrechen, zu dessen Thatbestande nicht entweder dolus oder culpa gehörte. Alle Verbrechen sind entweder dolose Verbrechen oder culpose Verbrechen, und es kann weder das dolose culpos, noch das culpose dolos begangen werden [4]). Denn dolus und culpa sind Nichts Ande-

---

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 82, Note c, verglichen mit §. 55, Note a. Wächter, Lehrbuch §. 43, Note 97 a. E., verglichen mit §. 46, Note 98. Abegg, §. 68, S. 102. Verbrechen, zu deren Thatbestand dolus gehört, sind z. B. Hochverrath, Diebstahl, Fälschung, Injurie, da dieselben nicht ohne eine gewisse Absicht begangen werden können. Ein Verbrechen, zu dessen Thatbestande weder dolus noch culpa gehöre, soll die Tödtung sein, da dieselbe nicht bloß dolos, sondern auch culpos begangen werden könne.

2) Vergl. die vorige Note.

3) Z. B. die culpose Tödtung.

4) Bei einigen Verbrechen, namentlich bei der Tödtung und Brandstiftung kann zwar zur Bezeichnung des Verbrechens der nämliche Name für das dolose sowohl als das culpose Verbrechen gebraucht werden. Allein das ist nicht so zu verstehen, als ob zum Thatbestande der Tödtung und Brandstiftung weder dolus noch culpa gehöre, sondern nur in dem Sinne, daß es ein Verbrechen doloser Tödtung und Brandstiftung und ein Verbrechen culposer Tödtung und Brandstiftung giebt.

res als die beiden Arten der verbrecherischen Willensbestimmung, in welchen dieselbe allein vorzukommen im Stande ist, und welche einander in Beziehung auf dasselbe Verbrechen nothwendig ausschließen müssen [5]). Da aber dolus und culpa nur die beiden Arten der verbrecherischen Willensbestimmung sind, von welchen entweder die eine oder die andere in dem Thatbestande jedes Verbrechens vorkommen muß, so muß auch die verbrecherische Willensbestimmung zu dem allgemeinen Thatbestande gerechnet werden.

2) Von den meisten Criminalisten wird die Zurechnungsfähigkeit für einen Bestandtheil des allgemeinen Thatbestandes ausgegeben [6]). Wenn man aber unter Thatbestand den Inbegriff der Merkmale versteht, die eine Handlung an sich tragen muß, um unter den Begriff des Verbrechens subsumirt werden zu können, so ist klar, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht dazu gerechnet werden kann. Denn die Zurechnungsfähigkeit ist nur ein Zustand, in welchem der Mensch sich ohne sein Zuthun befindet, und kann darum nicht für ein Merkmal einer Handlung ausgegeben werden [7]). Es kann zwar Niemand bestraft werden, der sich nicht bei Verübung

---

Es ist ein nur äußerer und zufälliger Umstand, wenn der Sprachgebrauch für beide Verbrechen den nämlichen Namen hat, wie denn auch der Ausdruck Tödtung im Allgemeinen gar kein bestimmtes Verbrechen bezeichnet. Wo es auf eine nähere Bestimmung ankommt, muß das Verbrechen entweder als Mord oder Todtschlag, womit die dolose Tödtung gemeint ist, oder als culpose Tödtung bezeichnet werden. Vergl. meine Abhandlungen, II S. 106 ff.

5) Vergl. darüber den nächstfolgenden §. 33.

6) Vergl. z. B. Martin, Lehrbuch §. 28 und 29; Wächter, Lehrbuch §. 66; Heffter, Lehrbuch §. 58, verglichen mit §. 35 ff.; Abegg, Lehrbuch §. 69.

7) Von der Zurechnungsfähigkeit wird unten im dritten Abschnitt ausführlich die Rede sein; vorläufig vergl. darüber oben §. 8 der Einleitung.

des Verbrechens im Zustande der Zurechnungsfähigkeit befunden, und deßwegen muß die Zurechnung oder das Urtheil, daß Jemand dabei zurechnungsfähig gewesen, nothwendig der Bestrafung vorausgehen: aber gerade daraus folgt, daß die Zurechnungsfähigkeit kein Bestandtheil der Handlung sein kann, welche zugerechnet wird, oder von welcher durch die Zurechnung geurtheilt wird, daß sich der Handelnde bei ihrer Begehung in zurechnungsfähigem Zustande befunden [8]). Die Zurechnungsfähigkeit kann strafrechtlich nur in Frage kommen, um auf sie eine verbrecherische Handlung zu beziehen [9]).

---

8) Schaffrath, Theorie des allgemeinen Thatbestandes §. 218, eifert sehr gegen meine Abhandlungen, II. S. 72 ff., wo ausführlich gezeigt ist, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht in den Thatbestand gehöre. Seine entgegengesetzte Ansicht scheint aber mehr Sache des Gefühls als des Verstandes zu sein, da er nicht umhin kann, S. 188 einzuräumen, daß meine Gründe beweisen, daß die Zurechnungsfähigkeit vom Thatbestande auszuschließen sei.

9) Diesen Satz hatte ich in meinen Abhandlungen, II. S. 80 so ausgedrückt: die Zurechnungsfähigkeit könne gar nicht in Frage kommen, wenn nicht vorher ausgemacht sei, daß von der Person, welcher zugerechnet werden solle, ein Verbrechen verübt worden sei. Nach Schaffrath, a. a. O. S. 189, soll darin eine dreifache Unrichtigkeit liegen. Zuvörderst, die Zurechnungsfähigkeit eines Menschen könne auch ohne ein bestimmtes Verbrechen in Frage kommen. Niemand wird das leugnen: aber da ich meine Abhandlungen ausdrücklich für Abhandlungen aus dem Strafrechte ausgegeben hatte, so verstand sich wohl von selbst, daß ich hatte sagen wollen, die Zurechnungsfähigkeit könne ohne ein begangenes Verbrechen nicht strafrechtlich in Frage kommen. Zweitens, es sei, damit die Zurechnungsfähigkeit in Frage komme, nicht nöthig, daß von einer Person ein Verbrechen, sondern nur, daß von ihr ein gesetzwidriger Erfolg, eine gesetzwidrige That herrühre. Ein Verbrechen ist ja aber Nichts Anderes als eine gesetzwidrige That. Drittens, in meinem Satze liege eine petitio principii, indem es eben in Frage sei, ob ein Verbrechen ohne Zurechnungsfähigkeit vorhanden sein könne. Auf diese Art wäre jede, auch noch so gut begründete Ansicht,

Daher muß die Zurechnungsfähigkeit im Systeme des Strafrechtes später in Betracht kommen, als die Merkmale der Handlung, aus welchen der Thatbestand des Verbrechens besteht [10]).

3) Von vielen Criminalisten wird auch die Strafbarkeit als ein Bestandtheil des Thatbestandes ausgegeben [11]). Es liegt aber darin eine Verwechselung des Begriffes des Verbrechens mit dem Thatbestande desselben. Die Strafbarkeit ist das Merkmal des Begriffes des Verbrechens und der Thatbestand der Inbegriff der Merkmale, durch welche eine Handlung das Merkmal der Strafbarkeit erhält [12]). Daß unter diese Merkmale nicht die Strafbarkeit gehören könne, indem sonst gesagt werden würde, daß eine Handlung strafbar

---

die man in einer Streitfrage aufstellt, eine petitio principii, da ich den angefochtenen Satz erst aufstellte, nachdem ich auf den acht vorhergehenden Seiten den Beweis geführt hatte, daß die Zurechnungsfähigkeit vom Thatbestande ausgeschlossen werden müsse.

10) Da zu diesen Merkmalen die verbrecherische Willensbestimmung, die nur entweder als dolus oder als culpa vorkommen kann, gehört, so ist es unrichtig, wenn in vielen Lehrbüchern, z. B. bei Abegg, §. 79 und 82, dolus und culpa nach der Zurechnungsfähigkeit erörtert werden, und wenn die Sache so dargestellt wird, als ob durch die Zurechnung Jemandem eine That entweder zum dolus oder zur culpa zugerechnet werde. Man kann zwar das Urtheil, daß eine That entweder aus dolus oder aus culpa hervorgegangen sei, Zurechnung zum dolus oder zur culpa nennen: aber bei diesem Urtheile ist von der Zurechnungsfähigkeit noch gar nicht die Rede. Die Zurechnung, die sich auf die Zurechnungsfähigkeit bezieht, setzt voraus, daß die Zurechnung zum dolus oder zur culpa bereits Statt gefunden habe, indem in derselben anerkannt wird, daß der dolos oder culpos Handelnde sich in zurechnungsfähigem Zustande befunden. Vergl. meine Abhandlungen, II. S. 91 f.

11) Z. B. von Wächter, Lehrbuch §. 76, verglichen mit §. 47; Abegg, Lehrbuch §. 69; Schaffrath a. a. O. S. 192.

12) S. oben §. 30.

sein müsse, um strafbar zu sein, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

4) Zu dem Thatbestande, wenigstens zu dem besonderen, mancher Verbrechen pflegen auch persönliche Eigenschaften oder Zustände entweder des Verbrechers oder der Person, gegen welche das Verbrechen gerichtet gewesen, gerechnet zu werden [13]). Eigenschaften oder Zustände der Person können aber nicht Eigenschaften einer Handlung sein und mithin nicht zum Thatbestande gehören. Bei allen Verbrechen besteht der Thatbestand nur in dem Willen, die verbotene Handlung zu begehen und in der Darlegung dieses Willens durch eine äußere Handlung. Es giebt allerdings Verbote, bei welchen besondere Eigenschaften oder Zustände der Person, welche die Handlung begeht, oder gegen welche die Handlung begangen wird, vorausgesetzt sind: aber daraus folgt nicht, daß diese Eigenschaften oder Zustände zu dem Thatbestande der Verbrechen gehören, durch welche diese Verbote übertreten werden, indem sie vielmehr nur insofern in Betracht kommen, als sie factische Voraussetzung sind für den Willen, die in diesen Verboten gemeinte Handlung zu begehen [14]).

---

13) Z. B. das verwandtschaftliche Verhältniß, in welchem bei dem Verwandtenmorde der Mörder zu dem Ermordeten, oder bei der Blutschande die Concumbenten zu einander stehen müssen, oder der Zustand weiblicher Unbescholtenheit, in welchem sich Diejenige befinden muß, gegen welche das Verbrechen eigentlicher Nothzucht soll begangen werden können; in ähnlicher Weise wird zu dem Thatbestande der Tödtung ein lebendiger Mensch, des Diebstahls eine fremde bewegliche Sache, als Gegenstand verlangt, an welchem das Verbrechen begangen wird. Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen, 1805, §. 4 ff. nennt die persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften, die entweder an der Person des Verletzten oder an der des Verbrechers in Betracht kommen, den personalen Thatbestand, im Gegensatze des realen Thatbestandes, zu welchem er die Handlung selbst nebst ihren Wirkungen rechnet.

14) Daher brauchen diese Zustände nicht in der Wirklichkeit, son-

5) Manche Criminalisten unterscheiden zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Thatbestande, und rechnen zu dem ersteren die wesentlichen Merkmale des Verbrechens, ohne welche eine Handlung gar nicht als Verbrechen angesehen werden könnte, zu dem letzteren die außerwesentlichen Merkmale, von welchen zwar nicht das Vorhandensein des Verbrechens, aber die Größe der auf dasselbe zu erkennenden Strafe abhängt [15]). Nach der angegebenen Definition des Thatbestandes kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nur die wesentlichen Merkmale des Verbrechens zu demselben gehören [16]).

Zweite Abtheilung.

Bestandtheile des Thatbestandes im Einzelnen.

Erstes Capitel.

Die verbrecherische Willensbestimmung oder dolus und culpa.

§. 33.

Erfordernisse der verbrecherischen Willensbestimmung.

Die verbrecherische Willensbestimmung ist der Wille, eine verbotene Handlung zu begehen [1]). Dieser Wille besteht in

---

dern nur in der Vorstellung des Handelnden vorhanden zu sein, weil das ausreicht, um den zur Uebertretung dieser Verbote erforderlichen Willen zu haben; so ist es z. B. um das Verbot der Tödtung zu übertreten, nicht nothwendig, daß die Handlung gegen einen wirklich lebenden Menschen gerichtet gewesen sei, da der Wille zu tödten auch bei der irrthümlichen Vorstellung, daß Jemand lebe, vorhanden sein kann. Vergl. auch meine Abhandlungen, II. S. 153, Note 1.

15) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 43 und §. 46, Note 100.

16) Vergl. meine Abhandlungen, II. S. 100.

1) Vergl. oben §. 31.

der Entſchließung zu derjenigen Handlung, welche die in dem Verbote gemeinte iſt. Daraus ergeben ſich zwei Erforderniſſe der verbrecheriſchen Willensbeſtimmung: zuvörderſt die Vorſtellung, daß die Handlung, zu welcher man ſich entſchloſſen, eine beſtimmte Handlung werden, einen gewiſſen Erfolg haben, oder eine gewiſſe Einwirkung auf die Außenwelt hervorbringen werde; zweitens wirkliche Rechtswidrigkeit dieſer Entſchließung in dem Sinne, daß die Handlung, zu welcher man ſich entſchloſſen, dem objectiven Rechte wirklich zuwider, oder daß ſie verboten iſt.

1) Die Vorſtellung, die Handlung zu welcher man ſich entſchloſſen, werde einen gewiſſen Erfolg haben oder eine gewiſſe Einwirkung auf die Außenwelt hervorbringen, iſt die Vorſtellung, daß zwiſchen jener Handlung und dem Erfolge oder der Einwirkung Cauſalzuſammenhang Statt finde. Ohne dieſe Vorſtellung würde überhaupt nicht von einem auf eine beſtimmte Handlung gerichteten Willen die Rede ſein können. Denn der Menſch kann überhaupt nur wollen, ſo weit er denkt und kann nur Das wollen, an was er denkt [2]). Aber es genügt nicht zum Wollen, daß man an etwas denke, ſondern es iſt dazu noch die Vorſtellung erforderlich, daß das Gedachte in Folge der Handlung eintreten werde, zu welcher man ſich entſchloſſen [3]). Dieſe Vorſtellung iſt die Vorſtellung von dem Cauſalzuſammenhange, ohne welche kein Wille möglich iſt. Dabei iſt es für das Daſein des Willens an und für ſich gleichgültig, ob dieſe Vorſtellung richtig oder unrichtig iſt. Auch wenn ſie unrichtig iſt, indem der vorgeſtellte Cauſalzuſammenhang in der Wirklichkeit nicht Statt

---

2) Vergl. meine Abhandlungen, II. S. 526 ff.

3) Hierdurch unterſcheidet ſich der Wille vom Wunſche, der ſich auch auf ſolche Ereigniſſe erſtrecken kann, die ohne die eigene Thätigkeit eintreten.

findet, kann doch der Wille der nämliche sein, als wenn sie richtig gewesen wäre. Denn durch die Unrichtigkeit jener Vorstellung von dem Causalzusammenhange wird nicht ausgeschlossen, daß sie vorhanden ist, und der Wille besteht nur darin, daß man sich zu einer Handlung entschließt, von welcher man sich vorstellt, sie werde einen gewissen Erfolg oder eine gewisse Einwirkung auf die Außenwelt hervorbringen [4]).

2) Der Wille, eine verbotene Handlung zu begehen, ist aber nicht möglich, ohne daß die Handlung, auf deren Hervorbringung er gerichtet ist, in der That verboten ist [5]). Der Wille, der auf eine Handlung gerichtet ist, die nicht wirklich verboten ist, kann keinen Widerspruch gegen den vernünftigen Gesammtwillen, der in jedem Verbote ausgesprochen ist und keine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten. Selbst durch die Vorstellung, die Handlung, auf deren Hervorbringung der Wille gerichtet gewesen, sei verboten, könnte nicht aufgehoben werden, daß sich der Wille mit dem vernünftigen Gesammtwillen in Uebereinstimmung befinde, wenn sie nicht wirklich verboten ist [6]). So wenig aber der Wille, eine nicht wirklich verbotene, sondern nur für verboten gehaltene Handlung zu begehen, die verbrecherische Willensbestimmung herstellen kann, ebenso wenig kann dieselbe ausgeschlossen werden durch die Vorstellung, daß eine wirklich verbotene Handlung nicht verboten sei. Denn ungeachtet dieser Vor-

---

4) Das Nähere darüber unten im zweiten Capitel dieser Abtheilung bei der Lehre vom Versuche.

5) Vergl. die §. 14, Note 2 citirten Stellen.

6) Es würde in diesem Falle nur der Wille, eine für verboten gehaltene, aber in der That erlaubte Handlung zu begehen, vorhanden sein, worin auf keinen Fall ein Widerspruch gegen den Willen des Verbotes liegen könnte. Vergl. auch Birkler, im Archiv des C.R. neue Folge, 1839, S. 436 f.

stellung würde der individuelle Wille immer gegen den Willen des Verbotes in dem Widerspruche stehen, der die verbrecherische Willensbestimmung bildet [7]).

§. 34.

Arten der verbrecherischen Willensbestimmung.

1) Im Allgemeinen.

Die verbrecherische Willensbestimmung hat zwei Arten, die von der Verschiedenheit herkommen, in welcher die zu ihr gehörige Vorstellung von dem Causalzusammenhange möglich ist. Diese Vorstellung ist in doppelter Weise möglich, je nachdem sie den Causalzusammenhang zwischen der Handlung, zu welcher man sich entschlossen und der in dem Verbote gemeinten Handlung entweder als bestimmt vorhanden, oder je nachdem sie ihn nur als möglicher Weise vorhanden annimmt. Wenn die Vorstellung darin besteht, daß der Cau-

---

7) Daß die Berufung auf Unbekanntschaft mit dem gesetzlichen Verbote einer Handlung oder mit dem Strafgesetze im Allgemeinen nicht von Strafe befreien könne, wird von dem positiven Rechte entschieden anerkannt. L. 11. §. 4. D. de his qui notantur. III. 2. L. 16. §. 5. D. de publicanis. XXXIX. 4. L. 15. pr. de lege Corn. de falsis. XLVIII. 10. L. 12. C. de jur. et facti ignor. I. 18. Preussisches L.R. Th. II. Tit. 20, §. 10 und 11. Oestereichisches G.B. über Verbrechen §. 3, über schwere Polizeiübertretungen §. 1. Bayerisches G.B. Art. 71. Sächsisches G.B. Art. 68. Würtembergisches G.B. Art. 99. Hannov. G.B. Art. 84. Großherz. Hess. G.B. Art. 41. Braunschweig. G.B. §. 31. Ueber die von einigen dieser Gesetzbücher für den Fall, da die Unkenntniß des Gesetzes unverschuldet und unüberwindlich gewesen, gemachte Ausnahme vergl. unten §. 35. Der Grund, aus welchem die Berufung auf Rechtsunkenntniß keine Berücksichtigung finden kann, liegt nicht, wie Feuerbach, Lehrbuch §. 86, behauptet, darin, daß von jeder mit Verstand begabten Person Bekanntschaft mit den Strafgesetzen angenommen werden muß, sondern nur darin, daß auch bei wirklicher Unbekanntschaft verbrecherische Willensbestimmung vorhanden ist. Vergl. meine Abhandlungen, II. S. 96.

salzusammenhang bestimmt Statt finde, so ist auch der Wille mit Bestimmtheit darauf gerichtet, die verbotene Handlung hervorzubringen. Der Wille ist alsdann Absicht, Vorsatz, dolus, und der stärkste Grad der verbrecherischen Willensbestimmung [1]). Wenn die Vorstellung nur darin besteht, daß der Causalzusammenhang möglicher Weise Statt finde, so kann der Wille nicht darauf gerichtet sein, die verbotene Handlung mit Bestimmtheit hervorzubringen. Dagegen ist es immer noch der Wille, die verbotene Handlung zu begehen, wenn man sich zu einer Handlung entschließt, von welcher man sich vorstellt, daß man mit derselben möglicher Weise die verbotene Handlung hervorbringen werde. Aber der Wille ist in diesem Falle nicht Absicht, sondern nur Fahrlässigkeit, culpa [2]) und der minder starke Grad der verbrecherischen Willensbestimmung [3]).

---

1) Im Römischen Rechte wird dieselbe am häufigsten bezeichnet durch die Ausdrücke propositum, fraus, consilium, voluntas, impetus, sciens dolo malo, consulto, data opera, und in specieller Richtung animus occidendi, necandi causa u. s. w. In der Carolina durch Argliſt, vorgesetzter Wille und Muth, fürsetzlich, geverlich, boshaftig. In den neuen Gesetzbüchern durch Vorsatz, Absicht, Zweck und ähnliche Ausdrücke.

2) Das Römische Recht gebraucht zur Bezeichnung der culpa die Ausdrücke lascivia, petulantia, luxuria, auch casus, um ihren Gegensatz zum dolus hervorzuheben; die Carolina: Unfürsichtigkeit, Unfleiß, Geilheit, ungeverlich, wider Willen, leichtfertiglich; die neueren Gesetzbücher: Fahrlässigkeit, Verschuldung, Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit u. s. w.

3) In L. 11. §. 2. D. de poenis, XLVIII. 19. scheint zwar eine dreifache Art der verbrecherischen Willensbestimmung angenommen zu sein, indem zwischen delicta ex proposito, ex impetu und ex casu unterschieden wird. Allein der impetus gehört mit zum dolus, und bedeutet nur den im Affect gefaßten dolus im Gegensatze zu dem mit Vorbedacht gefaßten dolus. In L. 5. §. 2 eod. ist auch nur von den

Wie die Gattung überhaupt nur in den Arten vorkommen kann, in welche sie zerfällt, so kann auch die verbrecherische Willensbestimmung nur entweder als Absicht oder als Fahrlässigkeit vorkommen. Daraus folgt, daß in jedem Strafgesetze immer nur entweder die absichtliche oder die fahrlässige Begehung eines Verbrechens gemeint sein kann. Denn ein Verbot kann überhaupt nicht anders übertreten werden als mit dem Willen, die verbotene Handlung zu begehen, und kann folglich nur übertreten werden entweder mit der einen oder mit der anderen der beiden Arten, in welchen dieser Wille sich zu äußern im Stande ist. Da nur die mit diesem Willen begangene Handlung diejenige ist, die unter das Verbot fällt und mithin die wirklich verbotene ist, so kann auch in einem Verbote immer nur entweder an die absichtliche oder an die fahrlässige Uebertretung desselben gedacht sein. Jedes mit Absicht zu begehende Verbrechen setzt daher ein Verbot voraus, in welchem die absichtliche, und jedes mit Fahrlässigkeit zu begehende ein Verbot, in welchem die fahrlässige Uebertretung desselben verboten ist [1]). Wie aber überhaupt die eine Art die andere nothwendig ausschließt, so ist es nicht möglich, daß in dem nämlichen Verbote zugleich an absichtliche und an fahrlässige Uebertretung desselben gedacht sei, und daß ein absichtliches Verbrechen aus Fahrlässigkeit und umgekehrt ein fahrlässiges Verbrechen aus Absicht begangen werde [5]).

---

angegebenen beiden Arten der verbrecherischen Willensbestimmung die Rede. Vergl. Heffter, Lehrbuch §. 64, Note 1.

4) Meistens, z. B. bei Feuerbach, Lehrbuch §. 55, wird es als ein besonderes Erforderniß des culposen Verbrechens hervorgehoben, daß ein Strafgesetz da sei, welches auch die unvorsätzliche Rechtsverletzung mit Strafe bedrohe: allein ebenso gut setzt das vorsätzliche Verbrechen ein Strafgesetz voraus, welches die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht.

5) Vergl. oben §. 32, Note 4.

§. 35.

2) Im Besonderen.

a) Der dolus.

Der dolus unterscheidet sich von der culpa durch die Bestimmtheit der Vorstellung, die in Beziehung auf den Causalzusammenhang zwischen der Handlung, zu welcher man sich entschlossen und der verbotenen Handlung Statt findet [1]). Wie jede Handlung, so besteht auch die verbotene in einer gewissen factischen Einwirkung, die durch menschliche Thätigkeit auf die Außenwelt hervorgebracht wird. Ihre Eigenschaft, als verbotene, erhält die Handlung durch den Inbegriff ihrer Merkmale, vermöge deren sie eine solche Einwirkung ist, als nach dem Willen eines Verbotes nicht hervorgebracht werden soll. Jede Einwirkung auf die Außenwelt setzt gewisse factische Verhältnisse voraus, ohne welche sie nicht Statt finden kann, unter welchen sie aber auch nothwendig Statt finden muß, wenn sich der Mensch in einer bestimmten Weise handelnd oder unterlassend verhält. Die

---

1) Die Begriffsbestimmung des dolus gehört der Wissenschaft an und nicht der Gesetzgebung, weil dieser niemals die Absicht zu Grunde liegen kann, einen anderen Begriff anzuerkennen, als von der Wissenschaft aufgestellt werden kann; vergl. oben S. 99; vergl. auch Kitka, im Archiv des C.R. 1835, S. 219 ff.; Mittermaier, im Archiv des C.R. 1835, S. 427, 1840, S. 7, und in der Schrift, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, erster Beitrag, S. 172. Während diese Definition auch im römischen Rechte und in der Carolina übergangen ist, hat man bei Abfassung einiger der neueren Gesetzbücher dieselbe aufnehmen zu müssen geglaubt; namentlich im Preussischen L.R. Th. II. Tit. 20, §. 26; Oestereichischen G.B. §. 1; Bayerisch. G.B. Art. 39; Hannov. G.B. Art. 41; Braunschw. G.B. §. 27; Großherzogl. Hess. G.B. Art. 58. Daß gegen die in diesen Gesetzbüchern aufgestellten Definitionen mannichfache Einwendungen gemacht werden können, ergiebt sich aus dem weiteren Verlaufe dieses §.

Vorstellung, man werde durch seine Handlung die verbotene Handlung mit Bestimmtheit hervorbringen, muß daher darin bestehen, daß man sich bestimmten factischen Verhältnissen gegenüber in einer solchen Weise handelnd oder unterlassend verhalte, daß daraus die bestimmte Einwirkung auf die Außenwelt hervorgehen muß, die nach dem Willen des Verbotes nicht hervorgebracht werden soll. Die verbotenen Handlungen können im Allgemeinen in Rechtsverbrechen und in Gesetzesverbrechen unterschieden werden [2]). Die Vorstellung, die zum dolus bei den Rechtsverbrechen erforderlich ist, muß daher in der bestimmten Vorstellung bestehen, daß man sich einer physischen oder moralischen Person gegenüber in einer solchen Weise handelnd oder unterlassend verhalte, daß man sie in einer bestimmten Weise verletzen werde [3]). Ebenso muß die Vorstellung, die zum dolus bei den Gesetzesverbrechen erforderlich ist, in der bestimmten Vorstellung bestehen,

---

2) S. oben §. 24.

3) Wenn eine Rechtsverletzung vermöge besonderer Eigenschaften der zu verletzenden Person ein anderes Verbrechen bildet, als sie ohne diese Eigenschaften gewesen sein würde, so muß sich die Vorstellung, die zum dolus bei diesem Verbrechen gehört, auch auf diese besonderen Eigenschaften mit erstreckt haben; z. B. da Beleidigung des Landesherrn, Ermordung von Verwandten, Diebstahl an Kirchen andere Verbrechen bilden, als wenn diese Handlungen gegen andere Personen begangen werden, daß die verletzende Handlung gegen eine dieser Personen gerichtet ist. Außerdem ist bloß dolus in Beziehung auf dasjenige Verbrechen vorhanden, welches ohne die besonderen Eigenschaften der Person begangen gewesen sein würde; vergl. Großherzogl. Hess. G.B. Art. 62. Dagegen hat es auf den dolus keinen Einfluß, wenn die Person, gegen welche die Handlung gerichtet ist, eine andere ist als der Verbrecher sich vorstellt, ohne daß zwischen den verwechselten Personen eine Verschiedenheit der Eigenschaften in der angegebenen Weise Statt findet, z. B. wenn er den A zu bestehlen oder zu ermorden sich vorstellt, und seine Handlung gegen den B richtet. Vergl. Großherzogl. Hessisches G.B. a. a. O. und Braunschw. G.B. §. 28.

daß man sich den factischen Verhältnissen gegenüber, die bei den verschiedenen Gesetzesverbrechen vorausgesetzt sind, in einer solchen Weise handelnd oder unterlassend verhalte, daß daraus eine bestimmte Einwirkung auf die Außenwelt hervorgehen werde [1]). Da die zum dolus bei beiden Arten von Verbrechen erforderliche Vorstellung nur subjectiv, oder nur in dem Inneren des Wollenden vorhanden ist, so ist sie gänzlich unabhängig von dem objectiven Zustande der äußeren Verhältnisse, auf welche sie sich bezieht. Daher kann der dolus nicht dadurch aufgehoben werden, daß die Vorstellung von dem Causalzusammenhange unrichtig ist, indem entweder die Thätigkeit, von welcher der Handelnde die vorgestellte Einwirkung auf die Außenwelt erwartet, von der Art ist, daß dieselbe nicht dadurch hervorgebracht werden kann, oder indem es an den vorgestellten äußeren Verhältnissen mangelt, ohne welche die erwartete Einwirkung nicht Statt finden kann. In jedem Falle bezieht sich die zum dolus erforderliche Vorstellung nur auf factische Verhältnisse, Theils nämlich auf die Art der Thätigkeit, von welcher der Wollende eine bestimmte Einwirkung auf die Außenwelt erwartet, Theils auf das Dasein der factischen Verhältnisse, die bei der erwarteten Einwirkung vorausgesetzt sind. Dagegen ist zum dolus nicht erforderlich, daß sich die Vorstellung des Handelnden auch auf das Verbotensein der gewollten Handlung beziehe. Denn der Wille, die in dem Verbote gemeinte Handlung hervorzubringen, ist in gleicher Weise vorhanden, mag der Handelnde die Handlung für verboten oder

4) Z. B. bei dem Ehebruche, daß es eine verheirathete Person, bei dem Inceste, daß es eine verwandte Person sei, mit der man concumbire, bei dem Meineide, daß sich die Sachen anders verhalten, als man versichert u. s. w.

für erlaubt halten, sowie er nur auf eine in Wirklichkeit verbotene Handlung gerichtet ist [5]).

---

5) Schon in meinen Abhandlungen, II. S. 94 ff. habe ich die Behauptung aufgestellt, daß das Bewußtsein der Strafbarkeit oder der Strafgesetzwidrigkeit nicht zum dolus gehöre. Damals hatte ich aber diese Behauptung nicht so unbeschränkt aufgestellt als gegenwärtig, indem ich a. a. O. S. 563 ff. bei den Gesetzesverbrechen die Kenntniß oder das Bewußtsein des Verbotes zum dolus erforderte. Es kann aber zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen in dieser Beziehung kein Unterschied Statt finden, da auch bei den letzteren ein dem Willen des Gesetzes entgegengesetzter Wille vorhanden ist, wenn Jemand, obgleich ohne Kenntniß desselben die Handlung begehen will, die nicht begangen werden sollte. Daß das römische Recht die Ausdrücke sciens, dolo malo nur auf die factischen Umstände, nicht auf das Verbotensein der Handlung bezieht, hat ausführlich gezeigt Birnbaum, im neuen Archiv des C.R. XI. S. 101 ff., besonders S. 134 ff. Nur bei zwei Delicten giebt Birnbaum zu, daß nach römischem Rechte Kenntniß des Strafgesetzes zum dolus erfordert worden sei; mir scheint aber in diesen beiden Fällen, die Birnbaum für Singularitäten ausgiebt, keine Ausnahme von dem allgemeinen Principe gemacht zu sein; der eine ist in L. 7. pr. D. de jurisdictione, II. 1. „Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est. §. 4 eod. Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod si per imperitiam, vel rusticitatem, vel ab ipso praetore jussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur.“ Es ist gar nicht nöthig, wie Birnbaum selbst andeutet, die imperitia und rusticitas auf das Strafgesetz zu beziehen, indem es viel natürlicher ist, diese Ausdrücke von der Unkenntniß des factischen Umstandes, daß das, was man beschädige, jurisdictionis perpetuae causa propositum sei, zu verstehen. Der andere Fall ist in L. 3. §. 18—22. D. de SC. Silaniano, XXIX. 5. „Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet, edicto cavetur, priusquam de ejus familia quaestio ex SConsulto habita, suppliciumque de noxiis sumtum fuerit. §. 21.

§. 36.

Vom unbestimmten dolus.

Der dolus ist die Absicht, eine verbotene Einwirkung auf die Außenwelt hervorzubringen, oder die Entschließung zu einer Handlung, von welcher man sich vorstellt, daß sie

---

Si quis ignorans occisum, aperuerit, non debet hoc edicto teneri. §. 22. Et si sciens, non tamen dolo aperuit, aeque non tenebitur, si forte per imperitiam, vel rusticitatem, ignarus edicti praetoris vel SConsulti, aperuit.“ Hier ist allerdings davon die Rede, daß Nichtkenntniß des Gesetzes den dolus ausschließe, aber in einem ganz anderen Zusammenhange. Nach dem SC. Silanianum sollten die Sclaven, deren Herr getödtet worden war, Theils wegen des auf sie fallenden Verdachtes, Theils wegen der unterlassenen Vertheidigung zur Tortur und Strafe gebracht werden. Bevor das geschehen war, sollte die Erbschaft des Getödteten nicht angetreten werden, damit nicht der Erbe, aus Rücksicht auf seinen Vortheil das Verbrechen der Sclaven zu verheimlichen suche. L. 3. §. 29 eod. Zu diesem Zwecke bestand auch die Vorschrift, daß vor der Untersuchung gegen die Sclaven das Testament des Getödteten nicht eröffnet werden solle. Der dolus, der zur strafbaren Eröffnung des Testamentes erfordert wird, besteht in der Absicht, die gegen die Sclaven zu eröffnende Untersuchung durch die Eröffnung zu vereiteln. Diese Absicht kann nur haben, wer das Gesetz kennt, nach welchem vor Allem die Untersuchung gegen die Sclaven eröffnet werden soll. Aber es ist klar, daß es sich hier nicht von Kenntniß des Strafgesetzes handelt, nach welchem die Eröffnung des Testamentes verboten ist, sondern von der Kenntniß eines anderen Rechtssatzes, ohne welche man nicht die Absicht haben kann, die Untersuchung durch die Eröffnung des Testamentes zu vereiteln. Daß ein Rechtsirrthum nicht in Ansehung des Strafgesetzes, sondern hinsichtlich anderer Rechtssätze die bestimmte Absicht ausschließt, in welcher der dolus bei den einzelnen Verbrechen besteht, kommt allerdings auch sonst vor, z. B. §. 1. J. de vi bonor. rapt. IV. 2. L. 25. §. 6. D. de hered. petit. V. 3. L. 36. §. 1. L. 37. D. de usurpp. XLI. 3. Nichtkenntniß des Strafgesetzes aber erkennt das römische Recht unbedingt nicht für einen Aufhebungsgrund des dolus an, selbst nicht bei solchen Verbrechen, de-

mit Bestimmtheit eine solche Einwirkung zur Folge haben werde. Daraus folgt von selbst, daß der dolus nur ein bestimmter sein kann, und daß er ausgeschlossen sein muß, wenn

---

ren Strafbarkeit sich keines Weges von selbst versteht, z. B. L. 15. pr. ad leg. Cornel. de fals. XLVIII. 10. L. 16. §. 5. D. de publican. XXXIX. 4. Vergl. im Allgemeinen die im §. 33, Note 7 citirten Stellen. Nur zu Gunsten der Frauenzimmer und Minderjährigen macht das römische Recht bei einzelnen wenigen Verbrechen die Ausnahme, daß Rechtsunkenntniß von Strafe befreiet; vrgl. Wächter, Lehrbuch I. S. 120 u. 121, und vorzüglich Heffter, im neuen Archiv des C.R. XII. S. 262 ff. Die meisten Criminalisten lehren aber, daß Bewußtsein der Strafbarkeit zum dolus gehöre, z. B. Kleinschrod, systematische Entwickelung, §. 14; Klein, Grundsätze des P.R. §. 119; Feuerbach, Lehrbuch §. 54, und Mittermaier in der Note zu diesem §.; Martin, Lehrbuch §. 34; Heffter, Lehrbuch §. 65; Abegg, Lehrbuch §. 83; Marezoll, Lehrbuch §. 26. Indirect nehmen indessen die genannten Rechtslehrer diese Behauptung wieder zurück, indem sie einstimmig lehren, daß die Berufung auf Rechtsirrthum der Regel nach keine Entschuldigung finden könne. Eine Ausnahme wollen sie nur gestatten in dem Falle, da der Rechtsirrthum ein unverschuldeter und unüberwindlicher gewesen. Denn damit wird zugegeben, daß der überwindliche und verschuldete Rechtsirrthum, der doch auf jeden Fall Rechtsirrthum ist, den dolus nicht ausschließe. Unverschuldeter Rechtsirrthum soll Statt finden, wenn es unmöglich gewesen, sich Rechtsbelehrung zu verschaffen. Wächter, Lehrbuch I. S. 120. Allein gerade, wenn Jemand Rechtsbelehrung sucht, ohne sie erhalten zu können, verdient die Berufung auf Rechtsirrthum gar keine Berücksichtigung, indem er alsdann über die Strafbarkeit seiner Handlung wenigstens zweifelhaft war, und sie deßwegen lieber hätte unterlassen sollen. In den neuen Gesetzbüchern finden sich ähnliche Inconsequenzen und Unrichtigkeiten als in den Lehrbüchern. So hat es nach dem Sächsischen G.B. Art. 68 und nach dem Hannoverschen G.B. Art. 41 den Anschein, als ob Unwissenheit über die Strafbarkeit im Allgemeinen den dolus oder die Strafbarkeit ausschließe, da bloß gesagt ist, daß diese Ausschließung nicht Statt finden soll weder bei dem Wahne, die verbotene Handlung sei nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, noch bei Unwissenheit über Art und Größe der Strafe. Da-

die Vorstellung nicht darauf geht, daß die verbotene Einwirkung mit Bestimmtheit eintreten werde. Gleichwohl pflegen die Criminalisten zwischen bestimmtem und zwischen unbestimmtem dolus zu unterscheiden. Bestimmter dolus (dolus determinatus s. specialis) wird dabei derjenige dolus genannt, der ausschließlich auf einen bestimmten gesetzwidrigen Erfolg gerichtet gewesen ist [1]). Unbestimmter dolus (dolus indeterminatus s. generalis) soll derjenige sein, bei welchem der Handelnde mehrere Erfolge seiner That als möglich vorhersieht und keinen derselben von seinem Willen ausschließt. Der unbestimmte dolus wird wieder in den alternativen und in den eventuellen dolus unterschieden [2]). Der alternative

---

neben stellt das Hannoversche G.B. Art. 84 den Satz auf, daß eine That nur straflos sei, wenn der Thäter dieselbe in unüberwindlicher unverschuldeter Unwissenheit für erlaubt gehalten habe. Aehnlich das Würtembergische G.B. Art. 55 und 99. Nach dem Großherzogl. Hessischen G.B. Art. 41 schließt Nichtwissen des Gesetzes die Zurechnung nicht aus, während nach Art. 37, Nr. 3 keine Bestrafung Statt findet gegen Personen, die die strafbare That in einem Zustande verübt haben, in welchem das Bewußtsein der Strafbarkeit aufgehoben war. Unter diese Zustände muß Nichtwissen des Gesetzes doch auch gerechnet werden. Richtig gefaßt ist der §. 31 im Braunschweigischen G.B.

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 59. Weber, im neuen Archiv des C.R. VII. S. 562 f.

2) Die Terminologie der Neueren ist indessen hier keines Weges gleichförmig. Feuerbach a. a. O., der keine weitere Unterabtheilung des unbestimmten dolus aufstellt, gebraucht die Ausdrücke dolus indeterminatus und dolus eventualis für gleichbedeutend. Wächter, Lehrbuch §. 78, rechnet den dolus eventualis nicht zum dolus indeterminatus s. generalis, unter welchem er nur den dolus alternativus versteht, so daß er eine dreitheilige Eintheilung des dolus bekommt, nämlich bestimmten dolus (d. determinatus s. specialis), unbestimmten (dolus indeterminatus s. generalis) und bedingten (d. eventualis). Ebenso macht Heffter, Lehrbuch §. 65, eine dreitheilige Eintheilung in einfachen bestimmten dolus (d. determinatus simplex), in mehrfachen

dolus soll vorhanden sein, wenn es dem Verbrecher bei seinem unbestimmten dolus gleichgültig ist, welcher von den als gleich möglich vorhergesehenen Erfolgen eintreten möge, der eventuelle dolus, wenn der Handelnde zunächst oder vorzugsweise einen gewissen minder strafbaren Erfolg und den eingetretenen strafbareren Erfolg nur insofern mit wollte, als dieser bei Verfolgung des ersteren zugleich auch als leicht mögliche Folge vorausgesehen und um den Hauptzweck zu erreichen in seinen Willen mit aufgenommen wurde [3]). Die practische Wirkung der Unterscheidung zwischen bestimmtem und unbestimmtem dolus soll darin bestehen, daß bei dem letzteren der dolus angenommen werde nur in Beziehung auf den wirklich eingetretenen Erfolg, während bei dem ersteren der dolus angenommen werde in Beziehung auf den ausschließlich gewollten Erfolg, auch wenn derselbe durch die Handlung nicht wirklich hervorgebracht sei [4]).

---

bestimmten dolus (d. determinatus compositus), worunter der dolus alternativus und der dolus generalis in dem Sinne, daß der Thäter alle Wirkungen und Folgen seiner That im Voraus genehmigte, verstanden wird, und in eventuellen dolus. Werner, Handbuch des peinlichen Rechts, S. 170, nennt den bestimmten verbrecherischen Vorsatz dolus exclusive determinatus und den unbestimmten dolus inclusive sive alternative sive eventualiter determinatus. Weber a. a. O. S. 565 und S. 576 ff. gebraucht die Ausdrücke dolus generalis und dolus specialis in einem anderen Sinne, indem er den ersteren in dem Falle annimmt, da der verbrecherische Entschluß mehrere auf einen Haupterfolg hinwirkende Handlungen oder mehrere Mittel oder Abschnitte des Handelns umfaßt, durch welche das beabsichtigte Verbrechen zu Stande kommt, den letzteren in dem Falle, da der verbrecherische Entschluß auf Hervorbringung des Einen Verbrechens mittelst Einer Handlung gerichtet ist.

3) Weber a. a. O. S. 563 und S. 569 ff. Mittermaier in der Note zu Feuerbach, §. 59.

4) Mittermaier a. a. O.

Die ganze Unterscheidung ist aber unrichtig und führt zu einem logischen Widerspruche. Wenn bei dem unbestimmten dolus nur der wirklich eingetretene Erfolg dem Handelnden zum dolus zugerechnet werden soll, so läßt man den eingetretenen Erfolg darüber entscheiden, welche Absicht der Handelnde gehabt habe. Dieser Erfolg liegt aber in der Zeitfolge später als die Absicht des Handelnden, und es ist schlechterdings unmöglich, daß diese Absicht durch den Erfolg anders werde als sie vorher gewesen. Es ist nicht denkbar, daß Jemand zu gleicher Zeit zwei Erfolge beabsichtigt, von welchen der eine die Möglichkeit des anderen ausschließt. Wenn der eingetretene größere Erfolg der Absicht des Handelnden zugeschrieben werden soll, ohne daß man seiner Absicht etwas zuschreiben will, was in der That nicht in derselben gelegen, so muß die Absicht schon vor dem Eintreten auf diesen Erfolg gerichtet gewesen sein: alsdann aber kann die Absicht nicht zugleich auf einen geringeren Erfolg gerichtet gewesen sein, und nicht wegen des Nichteintretens des größeren Erfolges angenommen werden, daß die Absicht nicht auf denselben gerichtet gewesen sei. Umgekehrt muß, wenn der eingetretene geringere Erfolg der Absicht des Handelnden zugeschrieben werden soll, dieselbe schon vorher auf diesen Erfolg gerichtet gewesen sein, und alsdann kann diese Absicht nicht dadurch zu einer auf einen größeren Erfolg gerichteten Absicht werden, daß in der That ein größerer Erfolg hervorgebracht wurde.

In den Quellen des gemeinen Strafrechtes ist auch von einem unbestimmten dolus nirgends die Rede [5]). Dagegen

5) Die gangbaren Ausdrücke, die in den Quellen zur Bezeichnung der Richtung des dolus gebraucht werden, lassen sich nur auf bestimmten dolus deuten, z. B. L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. de sic. (XLVIII. 8.) vulneravit ut occidat, L. 3. pr. D. eod. hominis necandi causa venenum fecit, L. 1. D. de leg. Pomp. de parr.

ist derselbe aus den Lehrbüchern in viele der neueren Gesetzbücher übergegangen, indem in denselben vorgeschrieben ist, daß, wenn die Absicht des Handelnden nicht ausschließlich auf einen bestimmten Erfolg, sondern unbestimmt auf einen oder den anderen von mehreren möglichen Erfolgen gerichtet gewesen sei, der wirklich eingetretene zum Vorsatz zugerechnet werden solle [6]). Man würde aber von dieser Vorschrift keine Anwendung machen können, ohne mit anderen anerkannten Rechtsgrundsätzen in Widerspruch zu treten. Denn dem Begriffe des unbestimmten dolus liegt die Voraussetzung zu Grunde, daß es gewiß sei, die Absicht des Handelnden sei auf mehrere der möglichen Erfolge seiner Handlung gerichtet gewesen. Alsdann würden aber mit einer in solchem unbestimmten dolus begangenen Handlung mehrere Verbrechen verübt sein, indem hinsichtlich jedes der beabsichtigten Erfolge ein besonderes Verbrechen angenommen werden müßte. Dabei würden die über das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen geltenden Grundsätze in Anwendung kommen müssen, nach welchen die zu erkennende Strafe auf keinen Fall bloß nach dem eingetretenen Erfolge bestimmt werden könnte [7]). Ueberdieß würde, wenn es gewiß wäre, daß neben dem beabsichtigten kleineren Erfolge, der wirklich hervorgebracht worden,

(XLVIII. 9.) emit venenum ut patri daret, L. 5. pr. C. ad leg. Jul. maj. (IX. 8.) de nece cogitare, L. 21. §. 7. D. de furtis (XLVII. 2.) furandi causa conclave intrare. Vergl. meine Abhandlungen, I. S. 261.

6) Bayerisches G.B. Art. 41. Sächs. G.B. Art. 31. Würtemb. G.B. Art. 57. Hannov. G.B. Art. 43. Großh. Hess. G.B. Art. 60. Braunschw. G.B. Art. 28.

7) Es würde in diesem Falle eine sogenannte ideale oder formale Concurrenz der Verbrechen vorhanden sein, über welche, da erst weiter unten im fünften Abschnitte davon die Rede sein wird, vorläufig verglichen werden kann Feuerbach, Lehrbuch §. 127, und Mittermaier zu Feuerbach, §. 126, Note I und II.

noch ein größerer Erfolg in der Absicht des Handelnden gelegen, gegen die über den Versuch des Verbrechens geltenden Grundsätze verstoßen werden, wenn die zu erkennende Strafe bloß nach dem hervorgebrachten kleineren Erfolge bestimmt werden sollte [8]).

Man pflegt bei der Annahme des unbestimmten dolus zu übersehen, daß es für das Dasein desselben keine andere Erkenntnißquelle geben kann als die eigene Aussage des Angeschuldigten, wenn derselbe nämlich behauptet, nicht gerade den schlimmsten Erfolg, der wirklich eingetreten, oder überhaupt gar keinen bestimmten Erfolg beabsichtigt zu haben. Die eigene Aussage des Angeschuldigten ist aber für den Beweis des dolus ohne Bedeutung, indem vielmehr nach der Sachlage des einzelnen Falles, nach der Art der gebrauchten Mittel und Werkzeuge und nach der ganzen Beschaffenheit der Handlung beurtheilt werden muß, welche Absicht der Handelnde gehabt habe [9]). Auch wenn der Thäter leugnet, den eingetretenen Erfolg beabsichtigt zu haben, muß dennoch dolus angenommen werden, wenn die Umstände des Falles den Beweis desselben liefern. In Beziehung auf jeden eingetretenen Erfolg kann immer nur die Frage entstehen, ob derselbe beabsichtigt gewesen oder nicht, und, wenn er nicht beabsichtigt gewesen, ob ein größerer oder ein geringerer Erfolg in der Absicht des Handelnden gelegen. Selbst wenn durch eine Handlung gar kein Erfolg hervorgebracht worden, muß immer aus der Beschaffenheit derselben entnommen wer-

---

8) Denn es würde in diesem Falle ein auf die Hervorbringung des schlimmsten der beabsichtigten Erfolge gerichteter Versuch angenommen werden müssen. Vergl. unten das zweite Capitel dieser Abtheilung.

9) L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. de sic. (XLVIII. 8.) L. 1. §. 2. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) L. 5. §. 6. D. de re milit. (XLIX. 16.) L. 6. C. de dolo malo. (II. 20.) R.A. von 1594, §. 69.

den, in welcher bestimmten Absicht sie unternommen gewesen sei [10]). Jeder auf diese Art bewiesene dolus ist aber ein bestimmter dolus, weil seine Richtung in Beziehung auf einen bestimmten Erfolg bewiesen ist, und ohne den Beweis einer solchen bestimmten Richtung würde gar nicht von dolus die Rede sein können [11]).

---

10) Für den Fall, da eine mit angeblichem unbestimmten dolus begangene Handlung ohne allen Erfolg geblieben, giebt die Theorie vom unbestimmten dolus gar keine Entscheidung.

11) Etwas Aehnliches wollen die älteren Criminalisten sagen mit ihrer Theorie vom dolus indirectus, über welchen vorzüglich zu vergleichen ist Meister, im neuen Archiv des C.R. I. S. 106 ff. Die Neueren pflegen sehr gegen den dolus indirectus als gegen ein logisches Unding zu eifern, weil mit ihm dolus in Beziehung auf einen gar nicht gewollten Erfolg angenommen werde. Allein von einem dolus in Beziehung auf einen gar nicht gewollten Erfolg ist bei dem dolus indirectus nicht die Rede, sondern nur von einem indirecten Beweise des dolus, der im Gegensatze zu dem directen Beweise desselben durch Geständniß, aus den Umständen, unter welchen der schlimmere Erfolg hervorgebracht worden, hergenommen werden soll. Vergl. darüber Henke, Handbuch des Criminalrechts, I. S. 366 u. 378 ff. Ein solcher dolus indirectus, der aber ein bestimmter dolus ist, ist bei dem dolus alternativus und eventualis in dem Falle vorhanden, da der hervorgebrachte Erfolg schlimmer ist, als der Thäter beabsichtigt zu haben behauptet. Es kommt nur darauf an, daß aus den Umständen der That wirklich auf den dolus geschlossen werden kann, und daß man nicht, wie z. B. Carpzov, Pract. rer. crim. P. I. qu. 1. nr. 33, dolus annimmt, wo derselbe aus den Umständen des Falles nicht hervorgeht. Scheinbar nimmt das Oestereichische G.B. über Verbrechen §. 1 einen dolus indirectus in dem Sinne an, daß ein nicht beabsichtigtes Uebel, wenn dasselbe nur gemeiniglich aus der Handlung erfolgt oder leicht erfolgen kann, zum dolus zugerechnet werden soll. Allein da §. 2 unter g. anerkannt ist, daß der dolus ausgeschlossen sei, wenn das Uebel aus Unwissenheit der Folgen der Handlung entstanden sei, so kann die Meinung des §. 1 nur die sein, daß Beweis des dolus unter Umständen auch ohne Geständniß angenommen werden solle.

§. 37.

Affectvoller und prämeditirter dolus. Von den Graden des dolus.

Manche Criminalisten sprechen von verschiedenen Arten oder Graden des dolus [1]), sowie auch in den Gesetzbüchern von verschiedenen Graden der bei einem Verbrechen gezeigten Böswilligkeit, oder von einer mehr oder minder großen Bösartigkeit und Stärke des auf die Hervorbringung des Verbrechens gerichteten Willens, oder von einer verschiedenen Größe der Rechtswidrigkeit oder der Gesetzwidrigkeit des Willens die Rede ist [2]). Der geringere Grad des dolus soll Statt finden, wenn derselbe in einer affectvollen Gemüthsstimmung gefaßt und zugleich ausgeführt ist, der höhere Grad, wenn er mit Besonnenheit gefaßt oder ausgeführt wird [3]). In-

---

1) Martin, Lehrbuch §. 34. Heffter, Lehrbuch §. 66. Mittermaier Note IV zu Feuerbach, §. 54. Schaffrath, Theorie des allgemeinen Thatbestandes, §. 297.

2) P.G.B. Art. 112. Bayerisches G.B. Art. 90. Sächsisches G.B. Art. 42. Würtembergisches G.B. Art. 107. Hannoversches G.B. Art. 91. Braunschweigisches G.B. Art. 63. Großherzoglich Hessisches G.B. Art. 119.

3) Verwandt mit der Unterscheidung in überlegten und in übereilten dolus ist die Unterscheidung in vorhergehenden dolus (d. antecedens s. ex proposito) und in nachfolgenden (d. consequens s. ex re), die von Stübel, System des allgemeinen peinlichen Rechts, II. S. 55, und von Weber, im neuen Archiv des C.R. VII. S. 564 und 576 gemacht wird. Vorhergehend wird der dolus genannt, wenn eine Handlung sogleich vom Anfang an in der Absicht, ein Verbrechen zu verüben, vorgenommen wird, nachfolgend, wenn die Absicht gefaßt wird, einer aus irgend einer anderen Absicht schon angefangenen Handlung den verbrecherischen Ausschlag zu geben. In diesem letzteren Falle ist häufig Affect vorhanden, wenn nämlich der Thäter durch die schon angefangene Thätigkeit in Hast und Aufregung versetzt ist, z. B. wenn es bei einer

sofern mit der Aufstellung solcher verschiedenen Arten oder Grade des dolus gesagt werden soll, daß derselbe in Beziehung auf das nämliche Verbrechen nicht in jedem Falle in gleichem Grade strafbar sei, sondern daß die Umstände, unter welchen er gefaßt oder ausgeführt worden, auf die Bestimmung der Strafgröße von Einfluß sein können, läßt sich Nichts dagegen einwenden [4]): aber es liegen darin nicht eigentlich Grade des dolus, da der Wille, die verbotene Handlung mit Bestimmtheit hervorzubringen, durchaus der nämliche ist, mag er im Zustande ruhiger Ueberlegung oder im Zustande des Affectes gefaßt worden sein [5]). Verschiedene Grade des dolus könnten nur unter der Voraussetzung angenommen werden, daß sich verschiedene Grade der Bestimmtheit nachweisen ließen, in welchen die Vorstellung von dem Causalzusammenhange zwischen der beschlossenen Thätigkeit und der verbotenen Handlung gefaßt werden kann. Solche Grade sind aber nicht denkbar, da diese Bestimmtheit überhaupt gar nicht vorhanden ist, wenn die Vorstellung, daß der Causalzusammenhang Statt finde, nicht vollständig bestimmt ist, und da eine größere Bestimmtheit, als eine vollständige, nicht gedacht werden kann. Wenn sich nachweisen ließe, daß durch den Zustand des Affectes die zum dolus erforderliche Bestimmtheit der Vorstellung von dem Causalzusammenhange gänzlich ausgeschlossen würde, so würde bei affectvollen Zuständen gar nicht von dolus die Rede sein können [6]). Aber der Affect

---

Schlägerei zum Todtschlagen kommt, oder ein durch die gute Gelegenheit veranlaßter Reiz zum Verbrechen, z. B. wenn Jemand eine Sache als Depositum angenommen hat und nachher unterschlägt.

4) Davon kann erst unten im fünften Abschnitte Capitel 3 die Rede sein.

5) Vergl. auch Abegg, Lehrbuch §. 83, S. 134, und Marezoll, Lehrbuch §. 26, Note 3 und §. 42.

6) Daß nach der Ansicht des römischen Rechtes der Affect den

ist bloß ein Beweggrund, aus welchem sich der Wille zu einer Handlung bestimmt, und schließt keineswegs die Möglichkeit aus, etwas zu beabsichtigen oder sich zu einer Thätigkeit zu entschließen, mit der Vorstellung, daß aus derselben mit Be-

---

dolus ausschließe, behauptet Köstlin, die Lehre vom Mord und Todtschlag, 1838, S. 161 ff. Marcian sagt zwar in L. 11. §. 2. D. de poenis (XLVIII. 19.) „delinquitur aut proposito, aut impetu, aut casu“: allein es ist damit nur der Unterschied zwischen prämeditirtem und affectvollem dolus angedeutet; vergl. oben §. 34, Note 3. Die von Köstlin citirten L. 38. §. 12. D. de poenis (XLVIII. 19.) und L. 6. §. 7. D. de re milit. (XLIV. 16.) beweisen nur, daß bei der Bestrafung auf diesen Unterschied Rücksicht genommen wurde. Ebenso wenig beweiset L. 7. pr. D. deposit. (XVI. 3.), wo es dolo proximum (also nicht dolus selbst) genannt wird, wenn Jemand im Affecte des Mitleidens einen Gefesselten losbindet, den er zu bewachen hatte. Allein hier ist die Entweichung des Gefangenen in der That nur der culpa des Wächters zuzuschreiben, weil es nicht in seiner Absicht lag, daß der Entfesselte die Vergünstigung zur Entweichung mißbrauchen sollte. Dagegen beweisen die von Köstlin angeführten Stellen aus der Collat. leg. Mosaic. tit. IV. §. 2. 3. 9. 10. geradezu, daß dolus auch bei affectvollem Zustande angenommen wird. Denn der Vater, der den im Ehebruche mit seiner Tochter Ergriffenen tödtet, ohne zugleich seine Tochter mit zu tödten, soll nach der lex Cornelia de sicariis gestraft werden, ungeachtet gerade Affect der Grund sein kann, aus welchem er seine Tochter verschonte. Ebenso soll der Ehemann, der seine im Ehebruche betroffene Frau tödtet, der nur von doloser Tödtung handelnden lex Cornelia verfallen sein, obgleich bei der Bestrafung auf seinen honestissimus calor Rücksicht genommen werden soll. In L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) wird keines Weges gesagt, daß bei Tödtungen, die in Schlägereien vorgefallen sind, wo es allerdings am Affecte nicht fehlen wird, kein animus occidendi angenommen werden könne, sondern nur, daß Derjenige, der ohne animus occidendi Jemanden erschlagen, was sich aus der ganzen Sachlage ergeben müsse, nicht wegen doloser Tödtung bestraft werden könne. Daß die Carolina dolus bei Affect annimmt, ergiebt sich aus Art. 137. Auch sind die neueren Gesetzbücher darüber einstimmig.

stimmtheit eine gewisse Einwirkung auf die Außenwelt hervorgehen werde [7]).

§. 38.

b) Die culpa.

Die culpa unterscheidet sich von dem dolus durch die Unbestimmtheit der Vorstellung, die in Beziehung auf den Causalzusammenhang zwischen der beschlossenen Thätigkeit und der in dem Verbote gemeinten Handlung Statt findet [1]).

---

7) Manche dolose Verbrechen werden der Regel nach nicht ohne einen gewissen Affect begangen, z. B. diejenigen, bei welchen der Affect der Sinnlichkeit im Spiele ist. Auch Injurien gehen häufig aus Affect hervor, sowie auch Diebstähle in affectvollem Zustande begangen werden können, während der dolus in solchen Fällen nicht zu bezweifeln ist.

1) S. oben §. 34. Die Begriffsbestimmung der culpa gehört ebensowenig in ein Gesetzbuch als die des dolus; vergl. oben §. 35, Note 1. Im Römischen Rechte wird die culpa im Gegensatze zum dolus am Häufigsten durch casus oder fortuito bezeichnet, wobei zur Erläuterung oft hinzugesetzt wird, daß der casus in negligentia, desidia, ignorantia, luxuria, lascivia oder petulantia bestehe. L. 5. §. 2. L. 16. §. 8. L. 28. §. 12. D. de poenis (XLVIII. 19.) L. 9. L. 11. D. de incendo (XLVII. 9.) L. 1. §. 3. L. 4. §. 1. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) L. 2. D. de termino mito (XLVII. 21.) Zuweilen wird auch der casus der culpa entgegengesetzt, um den straflosen Zufall von der strafbaren culpa zu unterscheiden. L. 12. D. de custodia reor. (XLVIII. 3.) In der Carolina Art. 134. 146. 180 sind die Ausdrücke: Geilheit, Unvorsichtigkeit, Unfleiß, ungeverlich, wider Willen, leichtfertig und verwegentlich gebraucht. Von den neueren Gesetzbüchern hat das Sächsische über Fahrlässigkeit keine weitere allgemeine Bestimmung als im Art. 32 die sich von selbst verstehende Vorschrift, die sich auch in fast allen übrigen Gesetzbüchern findet, daß fahrlässige Verbrechen nur in den im Gesetze bestimmten Fällen bestraft werden sollen (vergl. darüber oben §. 34, Note 4), und Art. 42 über Zumessung der Strafe bei fahrlässigen Verbrechen, wovon unten §. 40 noch

Bei der culpa besteht diese Vorstellung nur darin, daß der Causalzusammenhang möglicher Weise Statt finde. Bei dieser Vorstellung ist es nicht möglich, die verbotene Handlung mit Bestimmtheit zu wollen oder zu beabsichtigen. Dagegen könnte gar nicht von strafbarer culpa die Rede sein, wenn sich nicht nachweisen ließe, daß derselben, ungeachtet sie nicht Absicht ist, der Wille zu Grunde liegt, die verbotene Handlung zu begehen [2]). Dieser Wille ist aber in der That vorhanden, wenn Jemand eine Handlung unternimmt mit der Vorstellung, daß der angegebene Causalzusammenhang möglicher Weise Statt finde, und daß er also die verbotene Handlung möglicher Weise hervorbringen könne. Denn insofern der Wille im Allgemeinen in der Entschließung zu einer Thä-

---

die Rede sein wird. Dagegen haben die meisten der übrigen neuen Gesetzbücher Definitionen der Fahrlässigkeit, die sich darauf zurückführen lassen, daß dieselbe in einer Vernachlässigung der Aufmerksamkeit, Ueberlegung und Bedachtsamkeit bestehe, die man bei seinen Handlungen beobachten müsse, damit man nicht gegen seine Absicht die Rechte Anderer verletze, oder die Gesetze übertrete. Bayerisches G.B. Art. 64. Würtembergisches G.B. Art. 58. Hannoversches G.B. Art. 46. Großherz. Hessisches G.B. Art. 57. Braunschweig. G.B. §. 29.

2) Vergl. oben §. 31. Daß die culpa als verbrecherischer Wille und nicht als ein zu vermeidender Verstandesfehler aufgefaßt und nachgewiesen werden müsse, wie von Almendingen, Untersuchungen über das culpose Verbrechen, 1804, (auch in Grolman's Bibliothek für das peinliche Recht, Th. I. Stück 1) behauptet wurde, wird jetzt nicht mehr bestritten. Vergl. die verschiedenen Ansichten darüber bei Gaertner, finium culpae in jur. crim. regundorum prolusio, 1836, p. 1—28. In den Gesetzen wird die culpa freilich mitunter der voluntas entgegengesetzt und mit „wider Willen" bezeichnet; z. B. L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) Collat. legg. Mosaic. tit. I. §. 6. Carolina Art. 146. Würtemberg. G.B. Art. 58. Allein der Wille ist dabei in dem Sinne von Absicht gemeint, wie denn auch die culpa immer Wille bleiben würde, wenn sie auch von dem Gesetzgeber nicht als solcher erkannt worden wäre.

tigkeit besteht, mit der Vorstellung, daß ein gewisser Erfolg daraus hervorgehen werde, muß auch derjenige Erfolg dem Willen zugeschrieben werden, in Beziehung auf welchen man sich den Causalzusammenhang zwar nicht als gewiß, aber doch als möglich vorgestellt hatte [3]). Diese Vorstellung hat aber der Handelnde in jedem Falle, in welchem er sich nicht vorstellt, daß kein Causalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und der verbotenen Handlung Statt finde, ohne sich dabei vorzustellen, daß derselbe bestimmt Statt finde [4]). Die Vorstellung besteht alsdann in einem bewußten Nichtwissen darüber, ob er Statt finde, und gerade darin besteht die Schuld, daß man im Zustande dieses Nichtwissens handelt, während man nur solche Handlungen vornehmen soll, von welchen man sich vorstellt, zu wissen, daß keine verbotene Handlung mit ihnen begangen werde [5]). Bei den Rechts-

---

3) Vergl. oben §. 33, Nr. 1 und §. 34.

4) Auf dieses Princip lassen sich die in den gemeinrechtlichen Quellen vorkommenden Entscheidungen culposer Verbrechen zurückführen; z. B. L. 7. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.), wo es culpa lata genannt wird, wenn Jemand sich von einer Höhe herabstürzt und durch seinen Fall einen Vorübergehenden tödtet, oder wenn ein Baumschneider, ohne vorher gewarnt zu haben, durch einen herabgeworfenen Ast Jemanden erschlägt; denn in solchen Fällen weiß man nicht, ob Jemand vorübergeht, der möglicher Weise getroffen werden kann; ebenso in den Fällen culposer Tödtung, die in der Carolina Art. 146 angeführt sind.

5) Gewöhnlich wird der der culpa zu Grunde liegende Wille in den willkürlichen Mangel an dem pflichtmäßigen Willen gesetzt, dasjenige zu bedenken und zu meiden, woraus für die Rechte Anderer ein Nachtheil entspringen kann, oder die zur Erfüllung seiner bürgerlichen Pflichten nöthige Sorgfalt und Aufmerksamkeit aufzuwenden. Feuerbach §. 55 und Mittermaier Note I zu diesem §.; Martin, Lehrbuch §. 35; Abegg, Lehrbuch §. 85; Heffter, Lehrbuch §. 67. Allein mit diesem Mangel an gutem Willen, den man auch negativ bösen Willen genannt hat (vergl. Konopak im alten Archiv des C.R. IV. S. 36 ff.),

verbrechen muß daher die culpa in dem bewußten Nichtwissen beruhen, ob die Thätigkeit, zu welcher man sich entschlossen, für andere Personen in einer gewissen Weise verletzend sein werde, bei den Gesetzesverbrechen in einem bewußten Nichtwissen darüber, ob die factischen Verhältnisse vorhanden seien, unter welchen durch die beschlossene Thätigkeit die Einwirkung auf die Außenwelt hervorgebracht werden muß, die nicht hervorgebracht werden soll [6]). Dagegen ist die culpa immer

---

ist offenbar noch nicht erklärt, daß gerade der Erfolg, der wirklich hervorgebracht worden, in dem Willen des Handelnden gelegen habe, wie denn auch z. B. von Abegg a. a. O. gesagt wird, die culpose Rechtsverletzung unterscheide sich von der dolosen dadurch, daß sie die nicht gewollte sei. Wenn aber nicht gerade der hervorgebrachte Erfolg auf den Willen zurückgeführt werden könnte, so könnte nicht von bestimmten culposen Verbrechen, z. B. von culposer Tödtung oder Brandstiftung die Rede sein, sondern nur von einem Verbrechen des Handelns mit dem Willen, nicht die gehörige Aufmerksamkeit und Sorgfalt anzuwenden. Auch hat schon Almendingen a. a. O. S. 54 mit Recht bemerkt, daß es keinen gewollten Irrthum geben kann, weil es eben im Begriffe des Irrthums liegt, daß der sich Irrende sich desselben nicht bewußt sei. Ebensowenig kann es einen gewollten Mangel an Aufmerksamkeit in Beziehung auf Etwas Bestimmtes geben, weil man eben schon aufmerksam auf etwas ist, sowie man sich vornimmt, nicht darauf zu merken. Begreiflicher Weise kann der Irrthum und der Mangel an Aufmerksamkeit auch nicht dadurch zum willkürlichen werden, daß man im Stande gewesen wäre, sich denselben zu benehmen, wie Kleinschrod im neuen Archiv des C.R. VI. S. 48 und 49 behauptet. Denn wenn man sich seiner nicht bewußt ist, geschieht es eben auch nicht mit Willen, daß man sich ihn nicht benimmt.

6) Damit ist eine bestimmte Gränze angegeben, von welcher an unvorsätzlich hervorgebrachte Erfolge zur Criminalculpa zugerechnet werden müssen. Nach der gewöhnlichen Darstellung soll es darauf ankommen, ob der Erfolg bei Anwendung mäßiger Sorgfalt habe vermieden werden können, oder ob er als möglich oder wahrscheinlich hätte vorhergesehen werden können oder müssen. Feuerbach §. 58; Martin §. 35; Heffter §. 67 u. 68; Abegg §. 85; Marezoll §. 26.

ausgeschlossen, wenn der Handelnde sich vorstellt, daß der Causalzusammenhang nicht Statt finde. Auch wenn diese Vorstellung eine irrige ist und wenn der Handelnde bei Anwendung gehöriger Sorgfalt die richtige Vorstellung zu haben im Stande gewesen wäre, kann ihm ein hervorgebrachter Erfolg nicht zur culpa zugerechnet werden, weil er dessen ungeachtet sich dabei vorgestellt hat, daß er denselben nicht hervorbringen werde [7]).

§. 39.

Culpa dolo determinata.

Mit dem Ausdrucke culpa dolo determinata pflegt man den Fall zu bezeichnen, da aus einer in rechtswidriger Absicht unternommenen Handlung ein anderer als der beabsichtigte Erfolg entstanden, den der Thäter als mögliche Folge seiner Handlung vorhergesehen habe oder habe vorhersehen können [1]). In einem solchen Falle kann in Beziehung auf

---

Allein der nicht wirklich vorhergesehene Erfolg kann nicht in dem Willen des Handelnden gelegen haben, wenn er auch von ihm hätte vorhergesehen werden können oder müssen. Die römischen Juristen sagen allerdings, culpam esse, cum quod a diligenti provideri poterit, non esset provisum, L. 31. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) Allein sie sagen das bloß hinsichtlich der privatrechtlichen Verantwortlichkeit, die zur Entschädigung verpflichtet. Daß aber die Gränzen der Civilculpa und der Criminalculpa nicht zusammenfallen, ergiebt sich aus L. 45. §. 4. D. eod. verglichen mit Carolina Art. 145, sowie auch in L. 7. §. 5. D. eod. ein Erfolg der Civilculpa zugeschrieben wird, wegen dessen man auf keinen Fall criminalrechtliche Verantwortlichkeit annehmen kann. Vergl. auch meine Abhandlungen, II. S. 296 ff.

7) Vom Irrthume ist unten §. 43 die Rede. Der culpa liegt nie der Irrthum zu Grunde, daß der Causalzusammenhang nicht Statt finde, sondern nur das vom Irrthum wohl zu unterscheidende Nichtwissen, ob er Statt finde.

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 60. Man gebraucht auch den Aus-

den beabsichtigten Erfolg dolus und hinsichtlich des als möglich vorhergesehenen culpa vorhanden sein: aber es findet dabei keine besondere Art der verbrecherischen Willensbestimmung Statt, sondern nur eine Concurrenz beider Arten derselben, ohne daß durch das Zusammentreffen die eine oder die andere in ihrer Natur und ihren Erfordernissen irgend verändert wird [2]). Die culpa dolo determinata ist Nichts Anderes als ein culposes Verbrechen, neben welchem zugleich ein doloses Verbrechen begangen wird [3]). Das culpose Verbrechen erfordert, daß der Handelnde den eingetretenen Er-

druck aberratio delicti, um diesen Fall zu bezeichnen; vergl. Heffter, Lehrbuch §. 70.

2) Daher ist es nicht zweckmäßig, hier von einer Mischung von dolus und culpa zu sprechen, wie Martin §. 36 thut, weil dieser Ausdruck auf eine, von Martin übrigens nicht angenommene dritte Art von verbrecherischer Willensbestimmung hindeutet. Besser wird die culpa dolo determinata als ein Zusammentreffen von dolus und culpa in einer Handlung bezeichnet, wie von Wächter, Lehrbuch §. 81, geschieht.

3) Deßwegen braucht auch der Fall der culpa dolo determinata in einem Gesetzbuche nicht besonders hervorgehoben zu werden. Denn es handelt sich dabei eben nur um zwei verschiedene Verbrechen, auf welche die Grundsätze von der Concurrenz der Verbrechen in Anwendung kommen; s. darüber unten im fünften Abschnitte. Von den neueren Gesetzbüchern haben das Würtembergische Art. 60, das Hannoversche Art. 44, das Braunschweigische §. 28 und das Großh. Hessische Art. 61 über die culpa dolo determinata besondere Artikel, in welchen die richtige Ansicht angenommen ist. Nur sind die Artikel in dem Würtembergischen und dem Hannoverschen Gesetzbuche zu enge gefaßt, indem sie bloß von dem Falle sprechen, da der beabsichtigte Erfolg ein minder strafbarer sei, als der wirklich eingetretene, der zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden soll. Denn der fahrlässig hervorgebrachte Erfolg kann auch ein geringerer sein, als der beabsichtigte, z. B. wenn das in mörderischer Absicht vorgesetzte Gift von einem Anderen genommen wird und denselben bloß beschädigt, ohne ihn zu tödten. Vergl. auch Henke, Handbuch §. 56 unter d.

folg als mögliche Folge seiner Handlung sich vorgestellt hatte, das dolose, daß er von der nämlichen Handlung das Eintreten eines anderen Erfolges mit Bestimmtheit erwartet hatte. Die culpa kann dabei nur insofern dolo determinata genannt werden, als das culpose Verbrechen durch eine Handlung hervorgebracht ist, zu welcher der Thäter durch seine auf ein anderes Verbrechen gerichtete Absicht bestimmt war [4]). Daß aber mit der Handlung, durch welche der nicht beabsichtigte Erfolg hervorgebracht worden, ein anderes Verbrechen beabsichtigt wurde, kann kein Grund sein, denselben dem Handelnden als culpa zuzurechnen, wenn nicht die Erfordernisse vorhanden sind, die an und für sich zum Dasein eines culposen Verbrechens gehören [5]).

---

4) Der umgekehrte Fall eines dolus culpa determinatus, daß der Thäter durch seine culpose Willensbestimmung zu einer Handlung bestimmt würde, mit welcher er daneben ein anderes Verbrechen beabsichtigte, kann nicht vorkommen. Dagegen ist möglich, daß Jemand durch ein culposes Verbrechen veranlaßt werden kann, noch ein dolоses Verbrechen zu begehen. Aber in einem solchen Falle treffen dolus und culpa nicht in einer Handlung zusammen, sondern werden nach einander zwei Verbrechen begangen. Vergl. gegen den von Werner, Handbuch §. 274, aufgestellten dolus culpa determinatus Henke, Handbuch §. 54, Note 4 und Heffter, Lehrbuch §. 71.

5) Es ist nicht richtig, was Heffter im neuen Archiv des C.R. XII. S. 285 ff. behauptet, daß Demjenigen, der eine an sich unerlaubte Handlung begehe, die ohne seine Absicht daraus entsprungenen Folgen nach einem anderen Principe zur culpa zugerechnet werden müssen, als wenn die Handlung an sich eine erlaubte gewesen wäre, weil, wer ein Mal in facto illicito versire, schlechterdings nicht Demjenigen gleichgestellt werden könne, der etwas Erlaubtes thue. Auch ist das nicht die Meinung des von Heffter dafür angeführten preussischen Landrechts, Thl. II. Tit. 20, §. 29, wie sich aus §. 37 und 38 eod. ergiebt. Im Würtemberg. G.B. Art. 60 und im Großh. Hess. G.B. Art. 61 wird auch ausdrücklich anerkannt, daß die aus einer an und für sich unerlaubten Handlung entsprungenen Folgen nur unter der Voraussetzung

Ob wirklich bei einer Handlung eine solche Concurrenz eines dolosen und eines culposen Verbrechens vorhanden, kann nur davon abhängen, ob der Handelnde in der That dabei jene zweifache Vorstellung gehabt habe. Daß Jemand von einer Handlung einen Erfolg mit Bestimmtheit erwartet und zugleich einen anderen Erfolg als mögliche Folge vorhersieht, ist nur möglich hinsichtlich zweier solcher Erfolge, von welchen der eine den anderen nicht ausschließt oder neben demselben bestehen kann [6]). Daher kann von culpa dolo determinata keine Rede sein, wenn ein Erfolg hervorgebracht worden ist, der nur unter der Voraussetzung eintreten kann, daß ein anderer Erfolg, den der Thäter beabsichtigt zu haben behauptet, nicht eintreten würde [7]). In einem solchen Falle kann nur hinsichtlich eines Verbrechens verbrecherische Willensbestimmung und mithin nur ein Verbrechen angenommen werden.

---

zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden können, daß die allgemeinen Voraussetzungen der Fahrlässigkeit vorhanden seien.

6) Z. B. wenn durch die nämliche Giftmischerei der Eine dolos und der Andere culpos getödtet wird; oder wenn durch das Herunterwerfen gestohlener Sachen Vorübergehende beschädigt werden; oder wenn durch Demoliren von Häusern die Bewohner oder Vorübergehende verletzt werden.

7) Z. B. wenn Jemand einen Anderen tödtet und behauptet, nur die Absicht gehabt zu haben, ihn zu verwunden. Es ist nicht denkbar, daß Jemand sich vorgestellt habe, er werde mit Bestimmtheit einen Anderen nicht so stark verwunden, daß er sterben werde, und daß er zugleich die Vorstellung gehabt habe, er werde ihn möglicher Weise tödten. Ebenso ist es keine culpa dolo determinata, wenn der Schuß oder Schlag, der den Einen treffen sollte, fehl geht und einen Anderen trifft. Denn die Vorstellung, den Einen mit Bestimmtheit zu treffen, schließt die Vorstellung aus, den Anderen möglicher Weise zu treffen. Von diesem Falle, der übrigens von dem Falle einer bloßen Verwechselung der Personen wohl zu unterscheiden ist (vrgl. darüber oben §. 35, Note 3), wird unten im zweiten Capitel dieser Abtheilung bei der Lehre vom qualificirten Versuche näher die Rede sein.

Dieſes Verbrechen kann ſein entweder ein doloſes hinſichtlich des als beabſichtigt behaupteten Erfolges, wenn nämlich die Beſchaffenheit der Handlung dieſe Behauptung beſtätigt, und damit den Beweis liefert, daß der wirklich eingetretene Erfolg gar nicht in der Vorſtellung des Handelnden gelegen habe [8]): oder ein doloſes hinſichtlich des wirklich eingetretenen Erfolges, wenn aus der Beſchaffenheit der Handlung hervorgeht, daß ſich der Handelnde das Eintreten deſſelben mit Beſtimmtheit vorgeſtellt habe, wodurch zugleich ſeine Behauptung, einen anderen Erfolg beabſichtigt zu haben, widerlegt wird [9]): oder ein culpoſes hinſichtlich des eingetretenen Erfolges, wenn ſich aus der Beſchaffenheit der Handlung ergiebt, daß ſich der Handelnde das Eintreten deſſelben als möglich vorgeſtellt hatte, und daß mithin der behauptete andere Erfolg nicht in ſeiner Abſicht gelegen haben kann [10]).

---

8) Denn der Beweis des dolus und der culpa kann immer nur aus der Beſchaffenheit der Handlung und der ganzen Sachlage entnommen werden (vergl. oben §. 36, Note 9), wie z. B. in dem Falle der L. 7. §. 5. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) hinſichtlich der eingetretenen Tödtung weder dolus noch culpa angenommen werden kann, wenn dem Schlagenden die individuelle Körperbeſchaffenheit des Getödteten unbekannt war.

9) Z. B. in dem Falle der L. 1. §. 3. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.)

10) Hierher gehört namentlich der Fall, da Jemand gefährliche Handlungen unternimmt, deren Folgen ſich nie mit Sicherheit berechnen laſſen, z. B. einem Anderen Schroten in die Beine ſchießen, ihn tüchtig über den Kopf ſchlagen u. dergl. In ſolchen Fällen wird bei vorgefallener Tödtung der Thäter immer ſagen, einen geringeren Erfolg beabſichtigt zu haben. Dieſes Vorgeben iſt immer unwahr, weil er ſich die Tödtung als möglich vorſtellte, und ſich folglich nicht vorſtellen konnte, daß er mit Beſtimmtheit nicht tödten werde.

§. 40.

Von den verschiedenen Arten und den Graden der culpa.

Die Theorie der Rechtslehrer stimmt darin überein, verschiedene Arten der culpa zu unterscheiden, die wieder in verschiedenen Graden vorkommen sollen.

1) Verschiedene Arten der culpa will man unterscheiden, je nachdem der Handelnde sich des möglichen Causalzusammenhanges seiner Handlung mit dem gesetzwidrigen Erfolge bewußt gewesen sei, oder je nachdem er dieses Bewußtsein nicht gehabt habe [1]). Die erste Art der culpa wird durch die Ausdrücke unmittelbare, bewußte oder nahe culpa bezeichnet [2]). Dieselbe wird für die strafbarere Art der culpa ausgegeben, welche nahe an den dolus gränze, weil vermöge jenes Bewußtseins der Handelnde den gesetzwidrigen Erfolg wirklich vorhergesehen, und gleichwohl seine Handlung weder unterlassen noch die ihm zu Gebote stehenden Mittel angewendet habe, demselben zu begegnen. Die andere, minder strafbare Art der culpa wird durch die Ausdrücke mittelbare, unbewußte oder entfernte culpa bezeichnet. Dieselbe soll darin bestehen, daß der Handelnde selbst daran schuld gewesen sei, den Zusammenhang seiner Handlung mit dem gesetzwidrigen Erfolge nicht vorhergesehen zu haben, weil er sich selbst durch eine freiwillige Handlung in einen Zustand versetzt habe, in welchem er das Verbrechen auch ohne dolus und ohne unmittelbare culpa begehen konnte. Diese

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 56; Grolman, Grundsätze §. 18; Wächter, Lehrbuch §. 80; Heffter, Lehrbuch §. 67; Abegg, Lehrbuch §. 86.

2) Unmittelbare von Feuerbach, bewußte von Abegg, nahe von Grolman und Wächter. Abegg a. a. O. gebraucht die Ausdrücke nahe und entfernte culpa, um Grade derselben zu bezeichnen.

Unterscheidung der culpa aber kann nicht als richtig anerkannt werden, indem vielmehr das Gebiet der Criminalculpa nur auf die sogenannte unmittelbare culpa beschränkt werden muß. Wenn es auch der Handelnde selbst verschuldet, daß er in einem Zustande sich befunden, vermöge dessen er die Gefährlichkeit seiner Handlung nicht einzusehen vermochte, so ist es doch in keinem Falle möglich, daß ein Erfolg in seinem Willen gelegen haben kann, hinsichtlich dessen er die Vorstellung von dem Causalzusammenhange nicht wirklich gehabt hatte [3]). Höchstens würde in einem solchen Falle ein besonderes Verbrechen daraus gemacht werden können, daß sich Jemand freiwillig in einen Zustand versetzt habe, in welchem er die gefährliche Beschaffenheit seiner Handlungen nicht gehörig einzusehen vermochte: aber dem steht entgegen, daß Jemand die gefährliche Beschaffenheit seiner Handlungen in der That einsieht, wenn er bei der Handlung oder Unterlassung, durch welche er sich in jenen Zustand versetzt, sich vorstellt, daß er sie in demselben nicht einsehen werde [4]), und daß ihm, wenn er diese Vorstellung nicht hat, gar kein Verbrechen gemacht werden kann aus der Handlung, durch welche er sich in den angegebenen Zustand versetzte. Die sogenannte mittelbare culpa fällt also entweder mit der unmittelbaren culpa zusammen, oder sie kann gar nicht als culpa angesehen werden [5]).

---

3) S. oben §. 33.

4) S. oben §. 38, Note 5.

5) Die unmittelbare culpa soll im römischen Rechte durch die Ausdrücke luxuria oder lasciva, die mittelbare durch negligentia oder ignorantia bezeichnet werden. Vergl. Hefter §. 67, Note 2 und 3. Allein die genannten Ausdrücke werden ganz promiscue zur Bezeichnung unabsichtlicher, aber strafbarer Rechtsverletzungen gebraucht, ohne eine Andeutung, daß ein Unterschied oder ein Gegensatz zwischen ihnen Statt finde. Vergl. auch Mittermaier zu Feuerbach §. 56.

2) Verschiedene Grade der culpa werden allgemein angenommen nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit, mit welcher der gesetzwidrige Erfolg eintreten mußte [6]). Wie es aber nicht wohl möglich ist, die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines Erfolges nach bestimmten Graden abzumessen, zumal da es immer nur darauf ankommen könnte, wie wahrscheinlich oder unwahrscheinlich derselbe dem Handelnden nach seiner individuellen Einsicht gewesen sei, pflegt man sich darauf zu beschränken, im Allgemeinen verschiedene Grade anzuerkennen, ohne eine bestimmte Anzahl von Graden aufzustellen [7]). — Nach der angegebenen Defi-

---

In L. 11. D. de incendio (XLVII. 9.) heißt es zwar: Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa sit, ut luxuriae aut dolo sit proxima. Allein damit ist kein Gegensatz zwischen luxuria und einer anderen Art der Criminalculpa, sondern nur der Gegensatz zwischen Civilculpa und Criminalculpa ausgedrückt; vergl. oben §. 38, Note 6. In der Carolina soll in Art. 146 mit dem Ausdrucke Geilheit die unmittelbare, und mit Unfürsichtigkeit die mittelbare culpa gemeint sein. Allein die in Art. 146 aufgestellten Beispiele culposer Tödtungen, von welchen gesagt wird, daß sie aus Geilheit oder Unfürsichtigkeit geschehen, lassen sich durchaus auf die nämliche Art der culpa zurückführen.

6) Feuerbach, Lehrbuch §. 58. Grolman, Grundsätze §. 50. Heffter, Lehrbuch §. 68. Abegg, Lehrbuch §. 86. Marezoll, Lehrbuch §. 26.

7) Man kann nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Erfolges drei Grade unterscheiden, bei deren jedem freilich auch wieder ein Mehr oder Minder denkbar ist, nämlich als höchsten Grad, wenn das Eintreten des Erfolges wahrscheinlicher ist, als das Nichteintreten, als niedrigsten Grad, wenn das umgekehrte Verhältniß Statt findet, und als mittleren Grad, wenn der Fall gleicher Möglichkeit vorhanden ist; vergl. Abegg §. 86. Von den neuen Gesetzbüchern haben das Bayerische Art. 65 und 68 und das Hannoversche Art. 48 und 49 bestimmte Grade der Fahrlässigkeit, indem sie zwischen grober und geringer Fahrlässigkeit unterscheiden. Grobe Fahrlässigkeit wird nach dem

nition der culpa können aber gar keine verschiedenen Grade derselben anerkannt werden. Es kann bei der culpa nicht darauf ankommen, ob der Handelnde den hervorgebrachten

---

Bayerischen G.B. in sieben verschiedenen Fällen angenommen, die auch in dem Hannoverschen G.B. mit Hinzufügung eines achten Falles als solche anerkannt sind: 1) wenn der Beschädiger die Gefährlichkeit seiner Handlung selbst eingesehen hatte; 2) wenn seine Handlung in so hohem Grade gefährlich war, daß er bei geringer Aufmerksamkeit hätte einsehen müssen, daß der rechtswidrige Erfolg leicht daraus entstehen könne; 3) wenn der Handelnde durch den Vortheil eigenthümlicher Kenntnisse oder Verhältnisse vorzüglich im Stande war, die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise einzusehen oder den nachtheiligen Folgen derselben zuvorzukommen; 4) wenn die fahrlässige Handlung schon an sich unerlaubt und rechtswidrig gewesen ist; 5) wenn der Handelnde außer der allgemeinen Verbindlichkeit zu gehöriger Aufmerksamkeit und Bedachtsamkeit noch durch besondere Pflichten des Standes, Berufs, übernommener Verpflichtungen und dergleichen zu vorzüglicher Sorgfalt und Ueberlegung aufgefordert war; 6) wenn Jemand zur Ausübung einer Wissenschaft, Kunst oder Profession nicht berechtigt ist und ohne dringende pflichtmäßige Veranlassung eine Handlung unternimmt, wozu jene besonderen Kenntnisse oder Fertigkeiten vorausgesetzt werden; 7) wenn Personen, die mit Bewilligung oder im Auftrage des Staates eine Wissenschaft, Kunst oder Profession ausüben, aus Mangel oder Vernachlässigung der hierzu gehörenden gemeinen Kenntnisse eine Rechtsverletzung verursacht haben; 8) wenn der Handelnde schon früher wegen ähnlicher Fahrlässigkeit gestraft oder gewarnt war. — Geringe Fahrlässigkeit wird in vier Fällen angenommen, von welchen jedoch der vierte nur dem Bayerischen G.B. angehört: 1) wenn die fahrlässige Handlung mit dem gesetzwidrigen Erfolge in entferntem Zusammenhange stand und nur als ungewöhnliche oder unwahrscheinliche Wirkung vorausgesehen werden konnte; 2) wenn die Handlung zwar in hohem Grade gefährlich war, aber der Handelnde die große Gefährlichkeit wegen Schwäche des Verstandes oder aus anderen Gründen nicht leicht einzusehen vermochte; 3) wenn der Handelnde durch unverschuldete dringende Umstände zur schnellen Entschließung bestimmt war; 4) wenn die gefährliche Handlung in Ausübung einer Amts- oder anderen Pflicht aus bloßem Uebermaß des Pflichteifers geschehen ist. — Die übrigen neuen Gesetzbücher erken-

Erfolg als möglich vorhersehen konnte oder mußte, sondern nur darauf, ob er denselben wirklich als möglich vorhergesehen habe. Er hat aber den hervorgebrachten Erfolg in jedem Falle wirklich als möglich vorhergesehen, da er sich vorstellte, nicht zu wissen, daß er denselben nicht hervorbringen werde, ohne ihn mit Bestimmtheit zu erwarten [8]). Diese Vorstellung kann der Handelnde nur entweder haben oder nicht haben, ohne daß weitere Gradationen derselben gedacht werden könnten. Daß in den Quellen des gemeinen Rechtes verschiedene Grade der Criminalculpa ausgesprochen oder auch nur angedeutet wären, kann nicht nachgewiesen werden [9]). Dagegen wird in den Quellen allerdings angedeutet, daß bei der Bestrafung der culpa Rücksicht genommen werden solle

---

nen zwar nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des rechtswidrigen Erfolges verschiedene Grade der Fahrlässigkeit an, ohne sich aber auf eine bestimmte Gradation einzulassen.

8) Im practischen Resultate wird die hier entwickelte Theorie auf die im Bayerischen und Hannoverschen G.B. aufgestellten Fälle der groben Fahrlässigkeit hinauslaufen, indem es in allen diesen Fällen nur als eine leere Ausflucht des Angeschuldigten erscheinen kann, wenn er behauptet, den hervorgebrachten Erfolg nicht als möglich vorhergesehen zu haben. Dagegen sollte in den unter 1 und 2 aufgestellten Fällen der geringen Fahrlässigkeit gar keine Fahrlässigkeit angenommen werden. In den unter 4 und 5 angegebenen Fällen der geringen Fahrlässigkeit kann allerdings ein geringerer Grad der Strafbarkeit begründet sein, was aber etwas Anderes ist als ein geringerer Grad der Fahrlässigkeit.

9) Dagegen geht, wie schon Feuerbach §. 58, Note a bemerkt, aus mehreren Stellen entschieden hervor, daß im Römischen Rechte bloß culpa lata strafbar sei. L. 9. 11. D. de incendio. (XLVII. 9.) L. 7. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) Wenn das Wesen der lata culpa darein gesetzt wird, non intelligere, quod omnes intelligunt (L. 213. §. 2. L. 223. D. de V. S. L. 16.), so stimmt das mit der obigen Ausführung überein, da in einem solchen Falle Niemand glaubhaft behaupten kann, das mögliche Eintreten des rechtswidrigen Erfolges nicht vorhergesehen zu haben.

auf die Umstände, unter welchen sich der Handelnde zu seiner Handlung entschlossen, und daß er um so mehr gestraft werden solle, je mehr er Veranlassung hatte, die gefährliche Handlung zu unterlassen [10]). Allein solche Grade der Strafbarkeit dürfen nicht für Grade der culpa gehalten werden, da sie nicht von einer Verschiedenheit der Stärke des culposen Willens, sondern von einer Verschiedenheit der Umstände herrühren, unter welchen derselbe gefaßt wurde.

§. 41.

Gründe, welche die verbrecherische Willensbestimmung ausschließen.

Uebersicht dieser Gründe.

Nach den in dem Früheren angegebenen beiden Erfordernissen der verbrecherischen Willensbestimmung [1]) müssen die Gründe, aus welchen dieselbe ausgeschlossen wird, zweifacher Art sein. Die eine Art besteht aus den Gründen, aus welchen die Vorstellung ausgeschlossen wird, daß zwischen der Handlung, zu welcher man sich entschlossen und zwischen der verbotenen Handlung Causalzusammenhang Statt finde. Zu der anderen Art gehören die Gründe, aus welchen die Rechtswidrigkeit der Handlung in der Weise aufgehoben wird, daß es bei dem Vorhandensein eines derselben rechtlich erlaubt ist, eine Handlung zu begehen, die außerdem verboten sein würde.

---

10) Zwar nicht in Art. 146 der Carolina, wo mit den subtilen Unterschieden, welche die Fälle ungeverlicher Entleibungen haben, nur der Gegensatz zwischen strafbaren und strafloſen unabsichtlichen Entleibungen gemeint ist, aber in Art. 136, nach welchem Jemand um so mehr wegen Fahrlässigkeit gestraft werden soll, jemehr er vorher wegen der Gefährlichkeit seiner Handlung von der Obrigkeit verwarnt worden war.

1) S. oben §. 33.

1) Die Gründe der ersten Art können wieder in zwei verschiedene Arten unterschieden werden. Entweder können sie in solchen Zuständen bestehen, vermöge deren dem Handelnden die Fähigkeit abgeht, sich überhaupt eine Vorstellung von der verbotenen Handlung zu machen. Oder sie beruhen auf solchen Zuständen, vermöge deren der Handelnde, ungeachtet er jene Fähigkeit an und für sich hat, sich nicht vorstellt, eine mit der verbotenen Handlung im Causalzusammenhange stehende Handlung zu begehen. Bei den Zuständen der ersteren Art, die in den Zuständen mangelnder Einsichten und Erkenntnißkräfte bestehen, ist die Vorstellung von dem Causalzusammenhange und mithin die verbrecherische Willensbestimmung nicht möglich, weil der Handelnde, wenn er die verbotene Handlung überhaupt nicht kennt, auch nicht im Stande ist, seinen Willen auf die Hervorbringung derselben zu richten. Zu den Zuständen der anderen Art gehören Theils die Zustände des aufgehobenen Bewußtseins, in welchen der Handelnde sich seiner Umgebungen und der Einwirkungen, die er auf dieselben ausübt, gar nicht bewußt ist, Theils der Irrthum, bei welchem der Handelnde eine der Vorstellung von dem Causalzusammenhange entgegengesetzte Vorstellung hat. Bei diesen Zuständen ist die verbrecherische Willensbestimmung ausgeschlossen nicht weil der Handelnde an und für sich nicht im Stande wäre, seinen Willen auf die verbotene Handlung zu erstrecken, sondern weil er sich nicht bewußt ist, eine mit der verbotenen Handlung im Causalzusammenhang stehende Handlung zu begehen. Bei den Zuständen der ersteren Art ergiebt sich aus der Unfähigkeit des Handelnden, die verbotene Handlung sich vorzustellen und zu wollen, daß er auch keine Vorstellung von dem Causalzusammenhange gehabt haben kann. Bei den Zuständen der anderen Art ergiebt sich aus der mangelnden Vorstellung von dem Causalzusammenhange, daß der Wille des Handelnden

nicht auf die Hervorbringung der verbotenen Handlung gerichtet gewesen sein kann.

2) Die Gründe der anderen Art schließen die verbrecherische Willensbestimmung aus, weil dieselbe nur in Beziehung auf verbotene Handlungen gefaßt werden kann. Zu diesen Gründen gehören Nothwehr, Nothstand, verbindlicher Befehl, Einwilligung dessen, der außerdem durch die Handlung verletzt worden sein würde, und besondere gesetzliche Erlaubniß zu der außerdem verbotenen Handlung [2]).

§. 42.

I. Gründe, welche die Vorstellung von dem Causalzusammenhange ausschließen.

1) Gründe, aus welchen der Person die Fähigkeit abgeht, sich eine Vorstellung von der verbotenen Handlung zu machen:

Kindheit und jugendliches Alter, Mangel an Erziehung und Erfahrung, Schwäche des Verstandes.

Das gemeine Recht nimmt bei Kindern unter sieben Jahren noch gar keine Strafbarkeit an [1]). Für das Alter, das

---

2) Die meisten der in diesem §. angegebenen Gründe, aus welchen die verbrecherische Willensbestimmung ausgeschlossen wird, werden in den Lehrbüchern und auch in den neuen Gesetzbüchern für Gründe der Zurechnungsunfähigkeit ausgegeben. Allein da auf der einen Seite die Zurechnungsfähigkeit entschieden nicht in den Thatbestand des Verbrechens gehört (s. oben §. 32, Nr. 2), während auf der anderen Seite die verbrecherische Willensbestimmung jedes Falles zu demselben gerechnet werden muß (s. oben §. 32, Nr. 1), so können die Gründe, aus welchen diese aufgehoben wird, nicht zu den Gründen der aufgehobenen Zurechnungsfähigkeit gehören. Das Nähere darüber in der Reihenfolge der nächsten §§.

1) L. 12. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) L. 23. D. de furtis. (XLVII. 2.) L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) Cap. un. Clem. de homicid. (V. 4.)

zwischen der Kindheit und der Pubertät liegt, wird im gemeinen Rechte weder unbedingt Strafbarkeit noch unbedingt Strafloſigkeit anerkannt, ſondern von der Natur der verſchiedenen Verbrechen abhängig gemacht, ob in Beziehung auf dieſelben doli oder culpae capacitas angenommen werden können [2]). Die neueren Geſetzbücher laſſen es allgemein ohne

---

2) L. 7. C. de poenis. (IX. 47.) „Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest.“ Cap. 1. X. de delict. puer. (V. 23.) „Pueris grandiusculis peccatum nolunt attribuere quidam, nisi ab annis 14, cum pubescere coeperint. Quod merito crederemus, si nulla essent peccata, nisi quae membris genitalibus admittuntur. Quis vero audeat affirmare, furta, mendacia et perjuria non esse peccata? At his plena est puerilis aetas, quamvis in eis non ita ut in majoribus punienda videantur.“ Bei dem der Kindheit noch nahe ſtehenden Alter muß wie bei dieſer ſelbſt noch Strafloſigkeit angenommen werden, da die Geſetze nur dem pubertati proximus die doli vel culpae capacitas zuſchreiben. §. 18. J. de oblig. quae ex del. (IV. 1.) L. 14. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) L. 4. §. 26. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) L. 111. D. de R. J. (L. 17.) Aehnlich wird in L. 3. §. 1. D. de sepulcr. viol. (XLVII. 12.) geſagt, daß die admodum impuberes doli non capaces ſeien. Ein beſtimmter Altersabſchnitt, von welchem an Jemand als pubertati proximus anzuſehen ſei, wird von den römiſchen Juriſten freilich nicht angegeben; daß ſie aber doch nicht bloß individuelle Reife, ſondern nur die der Pubertät nahe liegenden Jahre darunter verſtehen, ergiebt ſich daraus, daß ſie nicht ſagen, der doli capax ſei pubertati proximus, ſondern umgekehrt, nur dieſer letztere ſei doli capax. Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 71, Note 37. Die Carolina beſchränkt ſich Art. 179 auf die allgemeine Beſtimmung, daß wegen Jugend Strafloſigkeit eintreten könne, während Art. 164 vorgeſchrieben iſt, daß keine Todesſtrafe erkannt werden ſoll, wenn der Dieb oder die Diebin unter vierzehn Jahren ſind, es wäre denn, daß ſie nahe bei vierzehn Jahren wären und beſondere Bosheit an den Tag gelegt hätten. Daraus folgt wohl ſchwerlich, wie Heffter, Lehrbuch §. 51, Note 2, will, daß auch ein Jüngerer als ein pubertati proximus geſtraft werden könne. Dagegen muß

Berücksichtigung der Natur der einzelnen Verbrechen von der Erreichung oder Nichterreichung einer gewissen Altersstufe abhängen, ob Jemand durch eine Handlung Strafe verwirkt haben könne oder nicht [3]).

Der Grund, aus welchem nicht bestraft werden kann, wer ein gewisses Alter noch nicht überschritten, liegt nur darin, daß bei ihm noch nicht die Fähigkeit angenommen werden kann, sich in der Art eine Vorstellung von der verbotenen Handlung zu machen, daß er sich die Einwirkung vorzustellen vermag, die mit derselben auf die Außenwelt hervorgebracht

---

man nach Art. 164 annehmen, daß in strafrechtlicher Beziehung zwischen den beiden Geschlechtern hinsichtlich des Eintrittes der pubertas kein Unterschied Statt finde.

3) Nach dem Preussischen L.R. Th. II. Tit. 20, §. 17 sollen Unmündige nur gezüchtigt und niemals nach der Strenge der Gesetze gestraft werden. Nach einem Rescript vom 25. April 1796 kann jedoch, wenn malitia aetatem übertrifft, auch Criminalstrafe erkannt werden. Nach dem Oestereich. G.B. über schwere Polizeiübertretungen §. 4 sind Kinder bis zu vollendetem zehnten Jahre bloß der häuslichen Züchtigung überlassen; von dem angehenden 11ten bis zum vollendeten 14ten Jahre sollen Handlungen, die eigentlich Verbrechen sind, nur als schwere Polizeiübertretungen bestraft werden. Nach dem Bayer. G.B. Art. 120 und 98 sind Kinder vor zurückgelegtem achten Jahre von aller Strafe frei, und nur der häuslichen Züchtigung ihrer Vorgesetzten, jedoch unter Mitwirkung der Obrigkeit, überlassen. Nach dem Sächs. G.B. Art. 66, dem Hannover. G.B. Art. 83. und dem Großh. Hess. G.B. Art. 37 findet gegen Kinder vor zurückgelegtem zwölften Jahre keine Bestrafung, sondern nur Züchtigung Statt; das Würtemberg. G.B. Art. 95 nimmt Strafloſigkeit nur an bis zu zurückgelegtem zehnten Jahre; das Braunschweigische G.B. dagegen bis zum vierzehnten Jahre, vorbehältlich polizeilicher Maßregeln und Besserungsmittel. Uebrigens stimmen die neuen Gesetzbücher darin überein, noch für eine Reihe von Jahren über den als Gränze der Strafloſigkeit angenommenen Altersabschnitt hinaus einen bedeutenden Milderungsgrund anzuerkennen. Davon unten im fünften Abschnitt Cap. 3.

wird [1]). Wenn man auch mit Sicherheit annehmen mag, daß Kindern unter sieben Jahren diese Fähigkeit noch allgemein abgeht, so ist doch gewiß, daß sich dieselbe nicht gleichzeitig hinsichtlich aller Verbrechen in dem Menschen entwickelt, sondern daß es Verbrechen giebt, von welchen man sich schon auf einer niedrigeren Stufe der Entwickelung eine Vorstellung zu machen im Stande ist, während bei anderen Verbrechen eine höhere Stufe dazu erforderlich ist [5]). Daß in den neueren Gesetzbüchern durchschnittlich für alle Verbrechen eine gewisse Altersstufe aufgestellt ist, von deren Erreichung die Strafbarkeit abhängen soll, scheint seinen Grund zu haben in der unrichtigen Ansicht, die sich freilich auch in allen Lehrbüchern findet [6]), daß Kindheit und jugendliches Alter als

---

4) Daher sagen die römischen Juristen, das Kind werde wegen der innocentia consilii nicht bestraft, L. 12. D. ad leg. Corn. de sic. (XLVIII. 8.), und die Strafbarkeit habe Statt, wenn Jemand schon des Alters sei, ut rei intellectum capere possit, oder ut intelligat, se delinquere. L. 14. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) §. 18. J. de oblig. quae ex del. (IV. 1.)

5) Daß z. B. die verbrecherische Willensbestimmung zu Fleischesverbrechen erst mit der Pubertät kommen kann, liegt in der Natur der Sache. Vergl. das Note 2 dieses §. angeführte cap. 1. X. de delict. pueror. Auch bei anderen Verbrechen nimmt das römische Recht Strafloſigkeit an bis zur pubertas, z. B. bei der Verletzung der Pflicht, Falschmünzer zur Anzeige zu bringen, „quia aetas impuberum, quid videat, ignorat," L. 1. C. de falsa moneta (IX. 24.); ebenso bei der Uebertretung des SC. Libonianum, l. 22. D. ad leg. Corn. de falsis. (XLVIII. 10.) Zu einer hochverrätherischen Unternehmung wird sich nicht entschließen können, wer noch gar keinen Begriff von Staat und Staatsgewalt hat. Dagegen ist die Vorstellung von dem Schaden, den man durch Tödtung, Brandstiftung, Diebstahl u. s. w. anrichtet, schon früher in dem Menschen entwickelt. Vergl. auch Roßhirt, Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts, S. 193 ff.

6) Feuerbach, §. 90. Martin, §. 38. Abegg, §. 89. Hefftter, §. 51. Marezoll, §. 27.

Gründe der Zurechnungsunfähigkeit aufgefaßt sind [7]). Aber die Unfähigkeit, sich eine Vorstellung von der verbotenen Handlung zu machen, ist nicht Zurechnungsunfähigkeit, sondern Unfähigkeit, verbrecherischen Willen zu haben, der nicht ohne jene Vorstellung gefaßt werden kann. Wer sich im Zustande dieser Unfähigkeit befunden, dem kann die in demselben begangene Handlung nicht als Verbrechen zugerechnet werden, weil es wegen des fehlenden verbrecherischen Willens an dem Thatbestande des Verbrechens mangelt, und weil es das Verbrechen ist, was zugerechnet oder durch die Zurechnung auf die Zurechnungsfähigkeit des Verbrechers bezogen wird: aber wie die Zurechnungsfähigkeit überhaupt nicht zu dem Thatbestande des Verbrechens gehört, so können auch die Gründe, aus welchen ein Bestandtheil des Thatbestandes aufgehoben wird, nicht zu den Aufhebungsgründen der Zurechnungsfähigkeit gehören [8]). Wäre die doli und culpae capacitas, die bei dem jugendlichen Alter in Frage kommt, so viel als Zurechnungsfähigkeit, so wäre es zunächst nicht Sache der richterlichen, sondern der ärztlichen Beurtheilung, ob sie bei einem Unmündigen angenommen werden könne oder nicht, da sich der Richter mit seinen juristischen Kenntnissen nicht zutrauen darf, über Fälle zweifelhafter Zurechnungs-

---

7) Vergl. Kitka, über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Verbrecher im Archiv des C.R. neue Folge, 1834, S. 117 ff. In dem Oestreich. G.B. über Verbrechen §. 2 steht zwar, an und für sich richtig, das jugendliche Alter unter den Gründen, welche den bösen Vorsatz ausschließen; allein diese Gründe sind durchaus mit den Gründen zusammengeworfen, aus welchen die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben wird. In einem Gesetzbuche thut indessen diese unrichtige Stellung weniger Schaden als in einem wissenschaftlichen Buche, da die Gründe, welche die verbrecherische Willensbestimmung ausschließen ebenso wie die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit die Wirkung haben, die Bestrafung aufzuheben.

8) Vergl. oben §. 32, Nr. 2.

fähigkeit zu entscheiden [9]). Aber der Richter bedarf keines Arztes, um zu beurtheilen, ob ein Unmündiger des verbrecherischen Willens fähig gewesen sei und denselben gehabt habe. Wie der Beweis desselben überhaupt nur aus der ganzen Beschaffenheit der Handlung entnommen werden kann, so ergiebt sich dem Richter auch hier aus der ganzen Art und Weise, in welcher Jemand gehandelt, ob eine That aus kindischem Unverstande, oder ob sie aus verbrecherischem Willen hervorgegangen [10]).

In derselben Weise kann durch Blödsinn, Stumpfheit, Dummheit, Schwäche des Verstandes [11]) und den Zustand gänzlicher Unerzogenheit und Verwahrlosung [12]) die Fähigkeit, sich eine Vorstellung von der verbotenen Handlung zu machen, ausgeschlossen werden [13]). Auch diese Zustände sind

---

9) Vergl. Kitka a. a. O. §. 2.

10) Vergl. die §. 36, Note 9 citirten Stellen.

11) Vergl. über diese Zustände Henke, Handbuch I. §. 48.

12) Hierher gehören auch Taubstumme, die ohne allen Unterricht geblieben sind.

13) In den Quellen des gemeinen Rechtes ist es nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß durch diese Zustände die Strafbarkeit ausgeschlossen werde, wenn man nicht den Art. 179 der Carolina hierher ziehen will. Es ist auch eine besondere gesetzliche Anerkennung dazu nicht nöthig, da es aus dem Wesen der verbrecherischen Willensbestimmung folgt. Die neuen Gesetzbücher bezeichnen diese Zustände meistens durch Schwachsinn, Blödsinn oder aufgehobenen Gebrauch der Vernunft oder des Verstandes. Daneben haben sie häufig einzelne in diesem allgemeinen Ausdrucke schon begriffene Zustände, wie den Zustand ohne Ausbildung gebliebener Taubstummen oder kindisch gewordener Greise noch besonders hervorgehoben. Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20, §. 17. Oestreich. G.B. §. 2. Bayerisch. G.B. Art. 120. Sächs. G.B. Art. 67. Würtemberg. G.B. Art. 97. Hannoversch. G.B. Art. 83. Großh. Hessisch. G.B. Art. 37. Braunschweig. G.B. §. 30. Außerdem sind diese Zustände, wenn sie in geringerem Grade vorhanden sind, allgemein als Milderungsgründe anerkannt, wovon unten im 5. Abschnitt Cap. 3 die Rede sein wird.

nicht, wofür sie allgemein ausgegeben werden, Gründe der Zurechnungsunfähigkeit [14]), sondern Gründe der Unfähigkeit, verbrecherischen Willen zu haben. Wer vermöge eines solchen Zustandes nicht im Stande ist sich eine Vorstellung zu machen von der Einwirkung auf die Außenwelt, die er hervorbringt, kann auch seinen Willen nicht auf die Hervorbringung derselben erstreckt haben. Dabei ist möglich, daß Jemand vermöge eines solchen Zustandes sich von dem einen Verbrechen keine Vorstellung zu machen vermag, während er das hinsichtlich eines anderen Verbrechens allerdings im Stande ist [15]). Auch hier kann der Richter, ohne eines ärztlichen Gutachtens zu bedürfen, aus der Art und Weise, in welcher sich Jemand bei einer Handlung benommen, über Dasein oder Nichtdasein der verbrecherischen Willensbestimmung entscheiden [16]).

§. 43.

2) Gründe, aus welchen die Vorstellung aufgehoben wird, eine mit der verbotenen Handlung im Causalzusammenhange stehende Handlung zu begehen.

a) Zustände der Bewußtlosigkeit.

Es giebt Zustände, in welchem das Bewußtsein des Handelnden über die Beschaffenheit seiner Handlung in der Art aufgehoben ist, daß er sich den Causalzusammenhang, in welchem sie mit der verbotenen Handlung steht, nicht vorzustellen

---

14) Vergl. oben Note 6 in diesem §.

15) Nach ähnlichen Rücksichten, als oben Note 5 in diesem §. angedeutet sind.

16) Daß man in der Praxis mitunter gerichtsärztliche Gutachten über Blödsinnige zu Hülfe nimmt, hat seinen Grund darin, daß man diesen Zustand mit zur Zurechnungsunfähigkeit rechnet. S. solche Gutachten bei Henke, Zeitschrift für Staatsarzneikunde, Bd. 28, S. 132 bis 154.

im Stande ist. Diese Zustände bestehen Theils in dem Mangel der Sinne, die zur Erkenntniß des Causalzusammenhanges erforderlich sind [1]), Theils in solchen vorübergehenden Zuständen, in welchen das Bewußtsein überhaupt aufgehoben ist. Hierher gehören Schlaf, Schlaftrunkenheit, Nachtwandeln [2]), bis zur Bewußtlosigkeit gesteigerte Trunkenheit [3]) und alle

---

1) Hierher gehört namentlich Blindheit und Taubheit, L. 3. §. 9. 10. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) Vergl. Henke, Handbuch §. 48, c.

2) Das gemeine Recht thut dieser drei Zustände keiner besonderen Erwähnunng, außer des Schlafes in cap. un. Clem. de homic. V. 4. und cap. 3. X. de his qui fil. occid. (V. 10.) Es paßt aber auf sie die allgemeine Rubrik des Art. 179 der Carolina über die Uebelthäter, die Jugend oder anderer Sachen halb ihre Sinne nicht haben. Von den neueren Gesetzbüchern erwähnt nur das Großh. Hessische Art. 37 Schlaf und Nachtwandeln ausdrücklich unter den Gründen der Zurechnungsunfähigkeit, während sie in den übrigen unter den §. 42, Note 13 angegebenen allgemeinen Ausdrücken begriffen sind. Einen Fall einer im Zustande des ersten Erwachens verübten Tödtung s. in Klein's Annalen, 8. Band, S. 9 ff. Vergl. über diese Zustände im Allgemeinen Henke, Handbuch §. 40.

3) Can. 7 und 9. Caus. XV. qu. 1. In der Carolina fällt die bewußtlose Trunkenheit unter die allgemeine Bestimmung des Art. 179, ebenso in den neuen Gesetzbüchern unter die §. 42, Note 13 angegebenen allgemeinen Ausdrücke; nur das Oestreich. G.B. §. 2, c. spricht ausdrücklich von dem Zustande völliger Berauschung. Ob ein Trunkener criminell verantwortlich sei für das, was er angerichtet, hängt nur davon ab, ob er sich im Zustande der Bewußtlosigkeit befunden, oder nicht. Diese Frage ist eine rein factische, deren Entscheidung von der Art und Weise, in welcher sich der Trunkene benommen, hergenommen werden muß. Daß ein Trunkener so lange im Zustande des Bewußtseins sei, als er überhaupt die Kraft habe, eine That zu verüben, oder seinen Handlungen eine bestimmte Richtung zu geben, läßt sich nicht unbedingt behaupten. Der Trunkene kann noch die Zunge zu Schmähreden oder Ausplaudern und die Hand zu Thätlichkeiten gebrauchen, ohne zu wissen, daß er spricht oder um sich schlägt. Ob er es gewußt, muß im einzelnen Falle nach der Weise seines Benehmens entschieden werden.

Zustände völliger Verwirrung der Sinne und des Verstandes [4]). Alle diese Zustände sind nicht Gründe der Zurech-

---

Dagegen ist immer Bewußtsein anzunehmen, wenn durch die Trunkenheit Begierden, Leidenschaften und Affecte aufgeregt sind, zu deren Befriedigung gehandelt wird. Diese Seelenstimmungen sind bei Bewußtlosigkeit nicht möglich, und es kann hier nur die unten im fünften Abschnitt Cap. 3 zu erörternde Frage entstehen, ob eine Strafmilderung eintreten müsse, wenn sich Jemand in der Trunkenheit dem Einflusse derselben hingegeben. Daher hat Augustinus schwerlich Recht, wenn er in dem citirten can. 9. Caus. XV. qu. 1. den Loth nur wegen der Trunkenheit, nicht auch wegen des Incestes bestrafen will. Wenn die Trunkenheit den Grad erreicht hat, daß auch die physische Handlungsfähigkeit aufgehoben ist, können von einem Trunkenen nur durch Unterlassung der Handlungen, die er inzwischen hätte vornehmen müssen, rechtswidrige Erfolge verursacht werden. Inwiefern hier verbrecherische Willensbestimmung angenommen werden muß, s. im weiteren Verlaufe dieses §. bei Note 7. Ueber die verschiedenen Arten und Stadien der Trunkenheit vergl. Mittermaier, im neuen Archiv des C.R. XII. S. 25 ff.

4) Z. B. Fieberanfälle mit Delirium, betäubender Schrecken, insofern sich der Handelnde in diesen Zuständen seiner Umgebungen gar nicht bewußt ist. Dagegen sind Affecte, z. B. des Zornes, der Eifersucht, der Rachsucht, des Geschlechtstriebes u. s. w., auch wenn sie im höchsten Grade vorhanden sind, nicht als solche Zustände anzuerkennen, durch welche die verbrecherische Willensbestimmung ausgeschlossen werden könnte. Denn die Affecte sind nur Beweggründe, aus welchen sich der Wille zu den Handlungen bestimmt, durch welche dieselben befriedigt werden sollten. Gerade darin, daß der Affectvolle zur Befriedigung seines Affectes handelt, liegt der Beweis, daß er weiß, was er thut, und daß er selbst mit dolus zu handeln im Stande ist; s. oben §. 37. Der Affect könnte nur entweder als Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit in Betracht kommen, insofern der Affectvolle durch denselben genöthigt werden kann, die verbrecherische Willensbestimmung zu fassen, was namentlich bei der krankhaften Zornmüthigkeit der Fall sein kann (davon unten im 3. Abschnitt), oder als Milderungsgrund, wovon erst unten im 5. Abschnitt Cap. 3 die Rede sein kann. Ziemlich einstimmig wird der höchste Grad des Affectes von den Neueren als Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit anerkannt. Feuerbach §. 90, und

nungsunfähigkeit [5]), sondern Aufhebungsgründe der verbrecherischen Willenbestimmung, weil in ihnen die Vorstellung von dem Causalzusammenhange nicht gefaßt werden kann. Ob im einzelnen Falle wirklich in einem solchen Zustande der Bewußtlosigkeit gehandelt worden sei, ist eine Frage, die lediglich der Richter nach der Art und Weise, in welcher gehandelt worden, zu entscheiden hat, während diese Entscheidung in zweifelhaften Fällen dem Arzte überlassen werden müßte, wenn die Zustände der Bewußtlosigkeit zu den Gründen der Zurechnungsunfähigkeit gehörten. Insofern durch diese Zustände die verbrecherische Willensbestimmung ausgeschlossen wird, ohne welche ein Verbrechen nicht möglich ist, kann in Ansehung der Handlungen, die in denselben begangen worden, Nichts darauf ankommen, ob Jemand mit oder ohne seine Schuld in einen solchen Zustand gerathen war. Denn auch durch das Verschulden der Bewußtlosigkeit wird nicht ausgeschlossen, daß der Handelnde keine Vorstellung von dem Causalzusammenhange gehabt hatte [6]).

Mittermaier Zusatz §. 90, a.; Martin, §. 39; Henke, Handbuch §. 39; Abegg, §. 89, Nr. 3; Heffter, §. 53; Marezoll, §. 27. Dabei ist es aber unrichtig, zwischen gerechtem oder unverschuldetem und zwischen verschuldetem Affect zu unterscheiden und nur dem ersteren Strafloſigkeit zuzugestehen. Wenn der Affect die Zurechnungsfähigkeit wirklich aufhebt, kann auf jenen Unterschied Nichts ankommen, da ein Zurechnungsunfähiger in keinem Falle bestraft werden kann.

5) Wofür sie in den §. 42., Note 6 angeführten Lehrbüchern ausgegeben werden.

6) Daß Jemand durch seine eigene Schuld in den Zustand der Bewußtlosigkeit gerathen, wird nur bei der Trunkenheit vorkommen können. Verschuldet soll die Trunkenheit sein, wenn Jemand mehr getrunken hatte als gewöhnlich und als er wußte, vertragen zu können; dagegen unverschuldet, wenn Jemand in einer Weise getrunken hatte, von welcher er die Trunkenheit nicht erwarten konnte, oder wenn der Trinker,

Dagegen sind von den Zuständen der Bewußtlosigkeit wohl zu unterscheiden die Handlungen, durch welche sich Jemand in einen solchen Zustand versetzte. Wenn der bewußtlose Zustand in der Art mit der verbotenen Handlung im Causalzusammenhange steht, daß sie aus demselben hervorgehen muß oder kann, so steht sie auch im Causalzusammenhange mit der Handlung, durch welche sich Jemand in einen solchen Zustand versetzte. Daher kann Jemand bei dieser Handlung die Vorstellung haben, daß er mit derselben die verbotene Handlung hervorbringe [7]). Es kann daher in einem solchen

---

ungeachtet er sich vorgenommen, sich zu betrinken, vorher Anstalten getroffen hatte, den gefährlichen Ausbrüchen der Trunkenheit vorzubeugen. Mittermaier, im n. Archiv des C.R. XII. S. 32 ff. und S. 41 ff. Bei dem höchsten Grade verschuldeter Trunkenheit soll nach gemeinrechtlichem Gerichtsgebrauche der in derselben hervorgebrachte rechtswidrige Erfolg zur culpa zugerechnet werden, wenn sich nicht Jemand in der Absicht betrunken hatte, in der Trunkenheit Verbrechen zu begehen, wo Zurechnung zum dolus Statt finden soll. Mittermaier a. a. O. S. 7 ff. und S. 32 ff. Die Lehrbücher (vergl. §. 42, Note 6) und neuen Gesetzbücher (vergl. §. 42, Note 13) machen auch meistens zur Straflosigkeit das Erforderniß des Unverschuldetseins, und verfallen, indem sie diese Zustände zur Zurechnungsunfähigkeit rechnen, in den Widerspruch, auch gegen Zurechnungsunfähige Strafe erkennen zu wollen. Wenn die bis zur wirklichen Bewußtlosigkeit gehende Trunkenheit eine verschuldete ist, könnte, wie auch Mittermaier a. a. O. S. 20 andeutet, die Trunkenheit nur als selbstständiges Verbrechen in Betracht kommen, welches aber alsdann in gleichem Maße vorhanden sein würde, auch wenn gar keine rechtswidrigen Erfolge in derselben hervorgebracht worden wären. Vergl. auch Marezoll, Lehrbuch S. 79.

7) Man pflegt die hierher gehörigen Fälle durch den Ausdruck actiones liberae in causa oder actiones ad libertatem relatae zu bezeichnen. Grolman, Grundsätze §. 51, Note b.; Martin, §. 37; Wächter, §. 74, Note 45; Heffter, §. 72; Abegg, §. 89, Nr. 3. Das kann namentlich vorkommen bei der Trunkenheit, durch welche Jemand verhindert wurde, die Handlungen vorzunehmen, durch deren Un-

Falle die verbrecherische Willensbestimmung vorhanden sein, und zwar entweder dolus oder culpa, je nachdem er sich den rechtswidrigen Erfolg entweder als bestimmte oder als mögliche Folge seines bewußtlosen Zustandes vorstellte [8]). Der Grund, aus welchem hier Zurechnung zum Verbrechen Statt finden muß, liegt aber nicht darin, daß er sich durch seine eigene Schuld in den bewußtlosen Zustand versetzte, sondern nur darin, daß er mit der Handlung, durch welche er sich

---

terlassung ein Verbrechen begangen wird. Wenn der Grund, aus welchem diese Handlungen vorgenommen werden mußten, schon vorhanden und dem Trunkenen bekannt war, als er anfing, zu viel zu trinken, hat er sich auch vorgestellt, daß er dieselben unterlassen werde. Auch kann, wenn Jemand schon früher über die Weise, in welcher er sich in bewußtloser Trunkenheit benimmt, traurige Erfahrungen gemacht hat, wohl angenommen werden, daß er eine Vorstellung gehabt habe von den rechtswidrigen Erfolgen, die er in bewußtlosem Zustande durch die Thätigkeit seiner Körperkräfte hervorbringt. Es wird in solchem Falle zwar nicht Zurechnung zum dolus, wohl aber zur culpa Statt finden können. Vergl. auch Mittermaier a. a. O. S. 37.

8) Ein Beispiel eines culposen Verbrechens giebt der Gefangenwärter, während dessen Trunkenheit die Gefangenen ausbrechen, ohne daß eine Verabredung darüber getroffen war, während im entgegengesetzten Falle ihm die Entweichung zum dolus würde zugerechnet werden müssen. L. 12. D. de custod. reor. (XLVIII. 3) Dagegen gehören nicht hierher die Fälle, da sich Jemand betrank, um sich den zur Verübung des Verbrechens erforderlichen Muth zu gewinnen. Da in diesen Fällen das Verbrechen nicht begangen wird durch die Handlung, durch welche sich Jemand betrinkt, sondern durch die Handlungen, die er im trunkenen Zustande vornimmt, so kommt es darauf an, ob die Trunkenheit bis zur Bewußtlosigkeit ging oder nicht. Im ersteren Falle kann nicht mit verbrecherischer Willensbestimmung gehandelt werden, sowie es auch nicht möglich ist, daß Jemand in diesem Zustande das Verbrechen begeht, an welches er vor demselben gedacht hatte. Im letzteren Falle dagegen kann durch die Trunkenheit die verbrecherische Willensbestimmung und namentlich der dolus nicht ausgeschlossen werden. Mittermaier a. a. O. S. 38 ff.

in denselben versetzte, eine Handlung beging, von welcher er sich vorstellte, daß er durch dieselbe die verbotene Handlung hervorbringen werde.

§. 44.

b) Irrthum.

Wenn der Handelnde sich vorstellt, daß der Causalzusammenhang nicht Statt finde, während derselbe Statt findet, befindet er sich in einem Irrthume, der die verbrecherische Willensbestimmung ausschließt. Die irrige Vorstellung, daß der Causalzusammenhang nicht Statt finde, kann entweder auf Rechtsirrthum (error juris), oder auf factischem Irrthum (error facti) beruhen [1]).

1) Der Rechtsirrthum, der hier gemeint ist, bezieht sich nicht auf das Verbotensein oder Nichtverbotensein der Handlung, oder auf die Größe der Strafe, die auf dasselbe steht. Denn durch solchen Irrthum kann die verbrecherische Willensbestimmung nicht ausgeschlossen werden [2]). Dagegen kann

---

1) Auch der Irrthum pflegt in den Lehr- und Gesetz-Büchern unter die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit gestellt zu werden. Vergl. oben §. 42, Note 6.

2) S. oben §. 35, Note 5. Ueber Nichtkenntniß des Strafgesetzes sind vorzüglich zu vergleichen Heffter, die strafrechtliche Lehre von ignorantia und error im neuen Archiv des C.R. XII. S. 130 ff. und Roßhirt, „in welchen Fällen kann sich der Verbrecher mit Unkenntniß des Rechts entschuldigen?“ daselbst IX. S. 491 ff. Eine allgemeine Ausnahme davon würde allerdings anerkannt werden müssen hinsichtlich solcher Strafgesetze, die ausdrücklich Kenntniß des Gesetzes zur Bestrafung erfordern; vergl. Heffter a. a. O. S. 148 u. 149. Allein ein solches Gesetz wäre kein Muster eines Gesetzes, wie sich denn auch im gemeinen Rechte kein Beispiel davon wird nachweisen lassen; daß die von Wächter, Lehrbuch §. 73, Note 43 als Beispiel angeführte L. 3. §. 22. D. ad SC. Silanian. (XXIX. 5.) nicht hierher gehört, ist schon §. 35, Note 5 gezeigt worden. Nach der gangbaren Lehre sollen die

durch einen Irrthum hinsichtlich anderer Rechtssätze in dem Handelnden die Vorstellung entstehen, daß gar nicht die factischen Verhältnisse vorhanden seien, die er sich als vorhanden

---

Gesetze in einzelnen Fällen dem minderjährigen Alter und dem weiblichen Geschlechte das privilegium geben, daß Rechtsunkenntniß von Strafe befreiet. Indessen läßt sich selbst hier die Strafloſigkeit meistens aus einem anderen Grunde als aus der Nichtkenntniß des Strafgesetzes herleiten. Namentlich sollen bei Zollvergehen die Minderjährigen in integrum restituirt werden, wenn ihnen kein dolus dabei zur Last fällt; L. 9. §. 5. D. de minorib. (IV. 4.) Der dolus besteht hier in der Kenntniß der Steuerbarkeit der eingeführten Waaren, die man freilich nicht haben kann, ohne zugleich zu wissen, daß es verboten ist, solche Waaren unversteuert einzuführen. Wie es aber keine Frage des Strafrechtes ist, welche Waaren der Besteuerung unterliegen, so ist auch die Kenntniß der Steuerbarkeit der einzelnen Waaren zunächst nicht Kenntniß des Strafgesetzes, unter welchem die Defraudationen stehen. Die Nichtkenntniß ist daher auch nicht Nichtkenntniß des Strafgesetzes, sondern der Zollverfassung, die freilich Jemand kennen muß, um die Absicht, zu defraudiren, haben zu können. Eigentlich sollte für alle Leute gelten, was in L. 9. §. 5 cit. als Privilegium der Minderjährigen aufgeführt ist, und es ist nur aus dem Zolleifer der römischen Kaiser zu erklären, daß in L. 16. §. 5. 6. D. de publicanis (XXXIX. 4.) das Gegentheil vorgeschrieben ist. Als ein fernerer Fall, in welchem die Nichtkenntniß des Strafgesetzes Frauenzimmern und Minderjährigen zu Statten kommen soll, pflegt das SC. Turpillianum angeführt zu werden. Allein in L. 1. §. 10. D. h. t. (XLVIII. 16.) geschieht des Rechtsirrthumes gar keiner Erwähnung und wird ausdrücklich ein ganz anderer Grund der Strafloſigkeit angedeutet. Weiter wird die Uebertretung des SC. Libonianum als ein Fall angeführt, in welchem Nichtkenntniß des Strafgesetzes für das weibliche Geschlecht Strafloſigkeit begründe. Allein in L. 15. §. 4. 5. ad leg. Corn. de fals. (XLVIII. 10.) ist nur der Mutter, deren Sclave ihr in einem von dem Sohne dictirten Testamente ein Legat zuschrieb, und der Tochter, die sich in einem von der Mutter dictirten Testamente ein Legat zuschrieb, Strafloſigkeit zugesichert. Als Bedingung derselben wird zwar in §. 5 cit. bei der Tochter ignorantia juris angegeben: allein die ignorantia juris bezieht sich nicht auf das SC. Libonianum, sondern auf die subsequendi ne-

vorstellen muß, um den Willen, die verbotene Handlung hervorzubringen, haben zu können [3]). Ein solcher Rechtsirrthum muß die verbrecherische Willensbestimmung ausschließen, weil der in demselben Handelnde gar nicht die Vorstellung haben

---

cessitas und honesta excusatio, von welcher in dem vorhergehenden §. 3 die Rede ist, weßhalb denn auch die Strafloſigkeit nicht dem weiblichen Geschlechte im Allgemeinen, sondern nur der Mutter und Tochter gewährt wird. Endlich wird der Incest als ein hierher gehöriger Fall angeführt, indem zwar nicht bei dem incestus juris gentium, aber bei dem incestus juris civilis für Frauenzimmer und Minderjährige durch Nichtkenntniß des Strafgesetzes Strafloſigkeit begründet werde. In L. 38. §. 2—4. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) ist allerdings anerkannt, daß Frauenzimmer, in jure errantes, si sola juris nostri observatio interveniet, wegen Incestes straflos sein sollen, sowie auch in Nov. 12. cap. 1 zu ihrer Strafbarkeit ausdrücklich erfordert wird, daß sie das Gesetz gekannt haben. Allein die hier gemeinte Rechtsunkenntniß bezieht sich zunächst auf den Grad der Verwandtschaft, bei dessen Nichtkenntniß man gar nicht die Absicht haben kann, einen Incest zu begehen. Daher ist es denn auch in §. 5—7 eod., sowie in L. 6. C. de incest. nupt. (V. 5.) ganz allgemein anerkannt, daß der error zur Entschuldigung gereiche, wenn die incestuose Verbindung in einer Ehe bestanden habe, die man nach Berichtigung des Irrthumes auflöse. — Außerdem wird noch gewöhnlich der Mangel an Rechts- und Geschäftskenntniß, der in den Quellen unter dem Ausdrucke rusticitas vorkommt, für eine hierher gehörige Rechtsunkenntniß ausgegeben. Daß aber in L. 7. §. 4. D. de jurisdict. (II. 1.) und in L. 3. §. 22. D. ad SC. Silan. (XXIX. 5.) damit nicht Nichtkenntniß des Strafgesetzes gemeint sei, ist schon §. 35, Note 5 gezeigt worden.

3) §. 1. J. de vi bonor. rapt. (IV. 2.) „Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit, qui aliquo errore inductus, suam rem esse existimans et imprudens juris rapuit, ... absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit.“ L. 25. §. 6. D. de hered. petit. (V. 3.) L. 36. §. 1. L. 37. D. de usurpp. (XLI. 3.) Vergl. Wächter, Lehrbuch §. 73, Note 43. Unter diesem Gesichtspuncte können auch die in der vorigen Note aufgeführten Fälle der Rechtsunkenntniß aufgefaßt werden.

kann, daß er die verbotene Handlung hervorbringen werde. Der Handelnde irrt sich dabei nicht über das Verbotensein der Handlung, die er begehen will, sondern er will eine andere Handlung als die verbotene begehen [4]).

2) Der factische Irrthum bezieht sich auf die thatsächlichen Verhältnisse, deren Vorhandensein bei der Einwirkung auf die Außenwelt, die mit der verbotenen Handlung hervorgebracht wird, vorausgesetzt ist. Wenn der Handelnde sich vorstellt, daß diese factischen Verhältnisse nicht vorhanden seien, indem er glaubt, entweder, daß er durch seine Thätigkeit gar nicht die Ursachen oder Mittel in Bewegung setze, aus welchen die verbotene Einwirkung auf die Außenwelt hervorgehen muß oder kann, oder daß es an dem Gegenstand fehle, den er sich als vorhanden denken muß, um sich von seiner Thätigkeit eine gewisse Einwirkung vorstellen zu können, kann er nicht den Willen haben, dieselbe hervorzubringen. Durch einen solchen Irrthum muß also die Möglichkeit des dolus sowohl als der culpa ausgeschlossen werden [5]).

---

4) Dagegen kann die verbrecherische Willensbestimmung nicht ausgeschlossen werden durch einen solchen Rechtsirrthum, vermöge dessen Jemand glaubt, die Handlung, die er begehen will, falle nicht unter das ihm bekannte Strafgesetz, z. B. wenn Jemand glaubt, es sei erlaubt, auf den fliehenden Dieb zu schießen, oder einen Einwilligenden zu tödten, oder ein Spiel gehöre nicht unter die verbotenen Hazardspiele. Ein solcher Irrthum bewirkt nicht, daß der Handelnde eine andere Handlung begehen will als er wirklich begeht. Die entgegengesetzte Ansicht wird aufgestellt von Wächter a. a. O.

5) Die allgemeinen Sätze, die in dem Pandectentitel de jur. et facti ignorantia (XXII. 6.) L. 3. §. 1. L. 6. pr. L. 9. pr. §. 2 u. 4 über Irrthum aufgestellt werden, beziehen sich zunächst nicht auf das Strafrecht, sondern nur auf die Frage, inwiefern Jemand sich zur Abwendung privatrechtlicher Nachtheile auf Irrthum berufen könne, oder inwiefern Jemand privatrechtlich verantwortlich sei für rechtswidrige Erfolge, die er aus Irrthum hervorgebracht. Dagegen kann von diesen

Ob sich der Handelnde wirklich in einem solchen Irrthume befunden, ist eine factische Frage und Sache des Beweises, der, wie der Beweis der verbrecherischen Willensbestimmung überhaupt, nur aus den Umständen des einzelnen Falles entnommen werden kann. Dabei darf die Wirkung des Irrthumes, die verbrecherische Willensbestimmung auszuschließen, nicht davon abhängig gemacht werden, ob derselbe verschuldet oder unverschuldet war und bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können oder nicht [6]). Denn auch bei dem Irrthume, der zu vermeiden gewesen wäre, kann der Handelnde nicht die Vorstellung und mithin

---

Grundsätzen insofern auch auf das Strafrecht Anwendung gemacht werden, als keine Criminalverantwortlichkeit angenommen werden kann, wo nicht ein Mal privatrechtliche Verantwortlichkeit Statt findet. Daher kann in den Fällen, in welchen Jemand nicht ein Mal nach der lex Aquilia haftet, z. B. L. 9. §. 4. L. 30. §. 3. L. 31. L. 52. §. 4. ad leg. Aquil. (IX. 2.) noch weniger von Criminalculpa die Rede sein. Carolina Art. 146. Aber daraus folgt noch nicht, daß ein Irrthum, der privatrechtlich nicht entschuldigt wird, auch strafrechtlich nicht entschuldigt werde, da jeder wirklich vorhandene Irrthum über den Causalzusammenhang die verbrecherische Willensbestimmung unmöglich macht. Vergl. oben §. 38, und meine Abhandlungen, II. S. 303 ff.

6) Nach der gewöhnlichen Lehre soll nur der unverschuldete und unüberwindliche Irrthum von Strafe befreien, und bei überwindlichem Irrthume wenigstens ein culposes Verbrechen begangen werden. Feuerbach, §. 90; Martin, §. 40; Abegg, §. 89, Nr. 4; Heffter, §. 56; Marezoll, §. 28. In ähnlicher Weise unterscheiden die neuen Gesetzbücher, ob der Irrthum bei einer an sich erlaubten oder unerlaubten Handlung Statt gefunden hatte, indem sie im letzteren Falle wenigstens Zurechnung zur culpa annehmen. Preussisches L.R. Th. II. Tit. 20. §. 36—38. Bayerisch. G.B. Art. 121 u. 65. Sächs. G.B. Art. 68. Würtemberg. G.B. Art. 100. Braunschweig. G.B. §. 32. Großh. Hess. G.B. Art. 42. Vergl. dagegen oben §. 39, Note 5. — Im Oestreich. G.B. über Verbrechen §. 2. f. ist diese Unterscheidung mit Recht weggelassen.

nicht den Willen gehabt haben, die verbotene Handlung hervorzubringen. Nur darf mit dem Irrthume, daß der Causalzusammenhang nicht Statt finde, nicht verwechselt werden das Nichtwissen, ob er Statt finde. Das Handeln in solchem Nichtwissen ist vielmehr ein culposes, weil der Handelnde dabei die Vorstellung hat, daß er die verbotene Handlung möglicher Weise hervorbringen werde [7]).

§. 45.

II. Gründe, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen.

1) Nothwehr.

Nothwehr ist abgenöthigte Verletzung eines Anderen, um sich gegen einen ungerechten Angriff desselben zu schützen. Die Straflosigkeit solcher Verletzungen liegt in der Natur der Sache und ist in allen Gesetzgebungen anerkannt [1]). Diese Straflosigkeit bezieht sich selbst auf die Verletzungen, die bei Ausübung der Nothwehr einem unschuldigen Dritten zugefügt sein sollten [2]). Von der Nothwehr verschieden ist die einfache Selbstvertheidigung, die in bloßer Abwehr besteht, ohne sich bis zu wirklicher Verletzung des Angreifenden zu erstrecken. Insofern mit solcher Abwehr keine Verletzung zugefügt wird, die außerdem verboten sein würde, kann es gar nicht in Frage kommen, unter welchen Bedin-

---

7) Vergl. oben §. 38.

1) L. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) „Qui quum aliter se tueri non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt; vim enim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt.“ L. 4. pr. D. eod. „adversus periculum naturalis ratio permittit, se defendere.“ L. 3. D. de J. et J. (I. 1.) P.G.O. Art. 139.

2) P.G.O. Art. 145. Dagegen findet in Ansehung solcher Verletzungen privatrechtliche Verantwortlichkeit allerdings Statt. L. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.)

gungen dieselbe ausgeübt werden dürfe [3]). Dagegen erfordert die eigentliche Nothwehr besondere Voraussetzungen, wegen deren es erlaubt ist, Jemandem eine Verletzung zuzufügen, die außerdem verboten sein würde. Diese Voraussetzungen ergeben sich aus dem naturrechtlichen Grunde, aus welchem das Recht der Nothwehr hervorgeht, daß nämlich das objective Recht dem Menschen nicht die Verbindlichkeit auferlegen kann, ohne seine Schuld eine Rechtsverletzung zu erleiden, und daß ihm also das Recht zustehen muß, den Angreifenden zu verletzen, wenn er die Verletzung nicht auf andere Weise von sich selbst abzuwenden im Stande ist [1]).

---

3) Vergl. Henke, Handbuch, I. S. 209 u. 210. Gegen die Eintheilung der Nothwehr in eigentliche und uneigentliche ist Wächter, Lehrbuch, I. S. 89, was insofern richtig ist, als die uneigentliche Nothwehr überhaupt gar nicht zur Nothwehr gehört.

4) Vergl. Abegg, Lehrbuch §. 109, und meine Abhandlungen, II. S. 480. Aus der Ungerechtigkeit des Angriffes, der abgewendet werden soll, kann man das Recht der Nothwehr nicht ableiten, wie von Richter, das philosophische Strafrecht, S. 135 ff. und von Heffter, §. 41 in der Note geschieht. Es würde daraus folgen, daß man auch zu anderem Zwecke, als sich selbst zu schützen, den Unrecht Thuenden verletzen dürfe. Gewöhnlich wird die Rechtfertigung der Nothwehr darein gesetzt, daß Jeder sein natürliches Recht der Selbstvertheidigung nur unter der Bedingung an den Staat übertragen habe, daß dieser den nöthigen Schutz gewähre, und daß ihm also in Ermangelung dieses Schutzes dieses Recht noch zustehe. Feuerbach, §. 36; Henke, Handbuch, I. S. 206. Im Wesentlichen läuft das, wenn man von der fingirten Uebertragung an den Staat absieht, auf die oben aufgestellte Theorie hinaus, da in keinem Falle der Staat dem Angegriffenen zumuthet, das einzige Mittel zum eigenen Schutze unbenutzt zu lassen. Zirkler, im Rechtslexicon, V. S. 148, Note 28, nimmt einigen Anstoß daran, daß ich die Nothwehr aus dem objectiven Rechte herleite, und nicht aus der Berücksichtigung des Subjectiven, welches dabei die Hauptsache sei. Allein unsere Ansichten stimmen wohl überein, da ich doch auch behaupte, daß das objective Recht aus Rücksicht auf das Subject die Nothwehr anerkennen müsse.

Daraus ergeben ſich drei zur Ausübung einer rechten Nothwehr gehörige Bedingungen: zuvörderſt daß ein Angriff vorhanden ſei, zu deſſen Abwehr die Nothwehr gebraucht werden ſoll; zweitens, daß die Verletzung des Angreifenden das einzige Mittel ſei, ſich gegen deſſen Angriff unverletzt zu erhalten; drittens, daß der Angriff ein ungerechter und nicht von dem Angegriffenen ſelbſt hervorgerufener ſei.

1) Von Nothwehr kann nicht die Rede ſein, wenn der Angriff entweder noch gar nicht vorhanden oder wenn derſelbe bereits vorübergegangen iſt. Für einen gegenwärtigen Angriff müſſen aber auch bloße, entweder ausdrückliche oder ſtillſchweigende Drohungen gehalten werden, wenn die Erfüllung derſelben mit Wahrſcheinlichkeit erwartet werden konnte [5]). Nach beendigtem Angriffe iſt die Verletzung des Angreifenden bloße Rache [6]), bei welcher indeſſen der durch den erlittenen Angriff verurſachte Zuſtand der Aufregung unter Umſtänden als Milderungsgrund in Betracht kommen kann.

2) Wenn die Verletzung des Angreifenden das einzige Mittel geweſen ſein muß, ſich ſelbſt unverletzt zu erhalten, ſo iſt rechte Nothwehr nur vorhanden, wenn weder größere Verletzungen zugefügt wurden als zur eigenen Vertheidigung nothwendig war [7]), noch der Gefahr auf andere angemeſſene

---

5) L. 1. C. quando liceat unicuique (III. 27.) P.G.O. Art. 140. Eine ſtillſchweigende Drohung kann namentlich auch darin liegen, daß man Jemanden bei nächtlicher Weile auf eine gefährliche Weiſe in ſeiner Wohnung betrifft. P.G.O. Art. 150.

6) L. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) „. . . illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur, et hoc si tuendi duntaxat non etiam ulciscendi causa factum sit.“ cap. 18. X. de homic. volunt. (V. 12.) P.G.O. Art. 142.

7) Hierin beſteht die moderatio tutelae, die von den Geſetzen gefordert wird. L. 1. C. unde vi. (VIII. 4.) L. 5. pr. ad leg. Aquil.

Weise aus dem Wege gegangen [8]), noch endlich von der Staatsgewalt hinlänglicher Schutz erwartet werden konnte. Das Letztere ist unbestreitbar der Fall bei den Angriffen, die gegen Leben, körperliche Integrität und Freiheit unternommen werden. Denn wenn die Staatsgewalt nicht im Stande gewesen ist zu verhindern, daß solche Angriffe unternommen wurden, so vermag sie auch nicht durch nachfolgende richterliche Hülfe diesen Schutz dadurch zu gewähren, daß sie dem Beschädigten zu vollständiger Entschädigung verhilft. Dagegen ist sehr bestritten, ob auch gegen Angriffe auf Vermögensrechte und auf die Ehre Nothwehr gebraucht werden dürfe. Das gemeine Recht gestattet die Nothwehr nur zu Rettung von Leib und Leben, so daß gegen Angriffe auf Vermögensrechte und auf die Ehre Nothwehr nur gebraucht werden darf, wenn zugleich eine Gefahr für Leib oder Leben

---

(IX. 2.) „. . . sin autem, cum posset occidere, maluit occidere (furem), magis est, ut injuria fecisse videatur; ergo et Cornelia tenebitur." Vergl. auch die vorige Note. Preussisches L.R. Th. II. Tit. 20. §. 519. Oestreich. G.B. §. 127. Bayerisch. G.B. Art. 128. Sächs. G.B. Art. 70. Würtemb. G.B. Art. 103. Hannoversch. G.B. Art. 79. Großh. Hessisch. G.B. Art. 49. Braunschw. G.B. §. 166. Indessen kann die bei einem solchen excessus defensionis Statt findende Aufregung einen Milderungsgrund abgeben.

8) P.G.O. Art. 140. „. . . und der benötigt kann füglich an ferlichkeit oder verletzung seines leibs, lebens, ehr und guten leumuts nicht entweichen." Darnach kann zwar dem Bedrohten nicht zugemuthet werden, dem Anderen das Feld zu räumen und sich als Feigling darzustellen: aber auf der anderen Seite darf er auch die Gefahr nicht aufsuchen und dem Drohenden zur Ausführung seiner Drohungen Veranlassung geben. In den neuen Gesetzbüchern wird dieses Erforderniß so ausgedrückt, daß der Angegriffene nicht Zeit und Gelegenheit gehabt habe, durch andere ihm nicht unbekannte Mittel sich dem Angriffe ohne alle andere Gefahr zu entziehen. Bayerisches G.B. Art. 127. Sächs. G.B. Art. 70. Würtemb. G.B. Art. 103. Großh. Hess. G.B. Art. 48. Braunschw. G.B. §. 166.

damit verbunden ist [9]). Das ist, was zunächst die Vermögensrechte betrifft, immer der Fall, wenn dem Angriffe auf

---

9) Schon die Redensart „vim vi repellere“ (s. oben Note 1) deutet auf einen Angriff gegen die Person hin, da vis vorzugsweise Gewalt gegen die Person bedeutet. L. 1. §. 3. 29. D. de vi (XLIII. 16.) Vergl. Wächter, im neuen Archiv des C.R. XI. S. 635 ff. Aus L. 4. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) folgt zwar nicht, daß es verboten sei, den mit der Sache davon eilenden Dieb zu verletzen, da in dieser Stelle nur an den Fall gedacht ist, da der Dieb ergriffen war oder hätte ergriffen werden können (vergl. Zachariä, im Archiv des C.R. neue Folge, 1841, S. 430): aber in anderen Stellen ist vorgeschrieben, daß der in seinem Besitze Angegriffene oder desselben Entsetzte nur unter der Voraussetzung Nothwehr gebrauchen dürfe, daß er es in continenti und nicht ex intervallo thue. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi. (XLIII. 16.) Aus dieser Voraussetzung, die auch der L. 1. C. unde vi (VIII. 4.) zu Grunde liegt, folgt aber, daß Nothwehr gegen einen Angriff auf Vermögensrechte, der nicht zugleich auf die Person gerichtet ist, nicht für zulässig erachtet wurde: denn die Gefahr, an seinem Vermögen einen Schaden zu erleiden, dessen Ersatz, vorzüglich hinsichtlich der auf dem Grundstücke befindlichen Mobilien in vielen Fällen nicht erwartet werden kann, wird durch den Verlauf längerer Zeit nach dem Angriffe nicht gehoben. Ebenso ist in den Artikeln der Carolina, die von der Nothwehr handeln, Art. 139—143, immer nur die Rede von Nothwehr zur Rettung von Leib und Leben und von tödtlichen Angriffen, zu deren Abwehr sie gebraucht werden dürfe. In Art. 144 wird die Frage, ob ein Mann auch gegen ein Weib in den Fall kommen könne, Nothwehr zu gebrauchen, bejahend entschieden, mit der Bemerkung, daß ein grausames Weib einen weichen Mann, zumal wenn sie besser bewaffnet sei, zur Nothwehr nöthigen könne. Ich begreife nicht, daß Zachariä a. a. O. S. 433 nicht begreift, wie auch daraus hervorgeht, daß in der Carolina bei der Nothwehr immer nur an persönliche Angriffe gedacht sei. Ueber Art. 150 der P.G.O. vergl. unten Note 10. Ueber das ältere teutsche Recht, durch welches überwiegend die Ansicht hindurch geht, daß Nothwehr zum Schutze von Gütern nur unter der Voraussetzung zulässig sei, daß zugleich eine Gefahr für Leib oder Leben vorhanden sei, vergl. Zöpfl im Archiv des C.R. neue Folge, 1842, S. 118 ff. und S. 311 ff.

das Vermögen Widerstand entgegengesetzt wird, dem sich der Angreifende nicht fügen will, indem er dem Angegriffenen entweder den Besitz gewaltsam zu entreißen oder denselben gewaltsam zu hindern sucht, sich wieder in den verlorenen Besitz zu versetzen. Die durch solchen Widerstand hervorgerufene Nothwehr ist zwar veranlaßt durch einen Angriff auf das Vermögen; aber sie wird ausgeübt gegen einen Angriff auf die Person oder zur Rettung von Leib oder Leben. Da das Recht, einem Angriffe auf das Vermögen eine von der Nothwehr wohl zu unterscheidende Vertheidigung entgegenzusetzen, sich von selbst versteht, so bedarf auch die Befugniß, gegen den Widerstand, der gegen diese Vertheidigung erhoben wird, Nothwehr zu gebrauchen, keiner besonderen gesetzlichen Anerkennung. Die Frage nach der Zulässigkeit der Nothwehr zum Schutze der Vermögensrechte kann sich immer nur auf den Fall beziehen, da der Vertheidigung derselben kein persönlicher Widerstand entgegengesetzt wird, entweder weil der Angreifende dieser Vertheidigung durch die Flucht mit den genommenen Sachen zu entkommen suchte, oder weil der Angegriffene bei Beschädigung oder Vernichtung seiner Sachen sich gar nicht darauf eingelassen hatte, dieselbe zu unternehmen. Da Vermögensrechte ihrer Natur nach ersetzbar sind, kann nicht angenommen werden, daß bei einem Angriffe auf dieselben die Voraussetzung der Nothwehr, daß kein Schutz von der Staatsgewalt erwartet werden konnte, vorhanden sei: von den meisten Rechtslehrern wird aber die Nothwehr zum Schutze derselben wenigstens in dem Falle zugelassen, da nach den Umständen des einzelnen Falles nicht mit Wahrscheinlichkeit auf Ersatz gerechnet werden konnte und es sich nicht um die Gefahr eines ganz unbedeutenden Verlustes handelte [10]). In den neueren Gesetzbüchern wird

10) Manche Criminalisten, z. B. Grolman, Grundsätze §. 25,

zwar die Nothwehr zum Schutze der Vermögensrechte ausdrücklich gestattet: aber in den meisten scheint man es be-

Note d. und §. 140, Note d. und Abegg, §. 109, gehen noch weiter und gestatten die Nothwehr zum Schutze von Vermögensrechten ohne solche Beschränkung. Dagegen ist die gewöhnliche Lehre, daß unter den Umständen des einzelnen Falles für den Bedroheten Wahrscheinlichkeit eines unersetzlichen Verlustes da gewesen sein müsse. Feuerbach, §. 38. Martin, §. 45. Marezoll, §. 24, der übrigens im ferneren Verlaufe des §. wieder zurückzunehmen scheint, was er zuvor aufgestellt hat. Bei ganz unbedeutenden und werthlosen Gegenständen schließen das Recht der Nothwehr aus Damhouder, prax. rer. crimen. cap. 78. nr. 4, Boehmer, in C.C.C. ad art. 140, Hoch, institut. jur. crim. §. 449 und Zachariä a. a. O. S. 428 u. 429. Das Hauptargument, auf welches sich Alle berufen, liegt in Art. 150 des P.G.O., wo unter den Tödtungen, die entschuldigt werden, auch diejenige aufgeführt wird, die Jemand zur Rettung von eines Anderen Gut verübt habe. Man schließt daraus, daß um so mehr die Tödtung zur Rettung eigenen Gutes erlaubt sein müsse, und daß es eine unabsichtliche Auslassung sei, daß in den Artikeln 139—145, in welchen von der Nothwehr gehandelt wird, des Gutes keine Erwähnung gethan sei. Allein der Begriff der Nothwehr ist beschränkt auf Verletzungen zur Abwendung eigener Gefahr, wie denn auch das Romische Recht nur von se defendere oder tueri spricht, und in der Carolina die Tödtung zur Rettung eines Anderen gar nicht mit unter den Fällen der Nothwehr aufgeführt wird, obgleich freilich die neueren Gesetzbücher diesen Fall mit hierher zu rechnen pflegen. Mit größerem Rechte kann man daraus, daß die Nothwehr zur Rettung eigenen Gutes nicht gestattet ist, den Schluß ziehen, daß sie auch zur Rettung fremden Gutes nur unter der Voraussetzung gebraucht werden dürfe, daß zugleich ein Angriff auf Leib oder Leben des Anderen Statt hatte. In demselben Sinne wird die betreffende Stelle des Art. 150 auch von Remus in seiner Paraphrase aufgefaßt. Uebrigens will ich gegen Zachariä a. a. O. S. 435 zugeben, daß ich in meinen Abhandlungen, II. S. 492 zu weit gegangen bin, indem ich behauptete, bei der Vertheidigung eines Anderen dürfe man nur in dem Falle zur Verletzung des Angreifenden schreiten, da derselbe Widerstand entgegensetze und dadurch zur Vertheidigung seiner selbst nöthige. Vergl. darüber unten §. 50.

denklich gefunden zu haben sich entschieden über den Fall auszusprechen, in welchem allein die Zulässigkeit der Nothwehr in Frage kommen kann [11]).

---

11) Das Preussische L.R. Th. II. Tit. 20. §. 522 erlaubt lebensgefährliche Beschädigung zur Vertheidigung des Besitzes, wenn sonst der Schade unersetzlich sein würde; das Oestreich. G.B. §. 127, wenn sie nothwendig war, das Vermögen zu schützen; das Bayerische G.B. Art. 129 gegen Denjenigen, der bei einem Diebstahle ertappt wird, oder verbrecherische Gewaltthaten, die auf Beschädigung oder Vernichtung liegenden oder beweglichen Eigenthums gerichtet sind, begeht, oder in eines Anderen unbewegliches Besitzthum auf gewaltsame Weise einzudringen sucht, wobei indessen die Motive zu Art. 129, Th. I. S. 314 es als erlaubt anerkennen, den entlaufenden Dieb mit einem Schusse zu verwunden oder zu tödten, wenn es kein anderes Mittel gebe, sein gestohlenes Gut zu retten; das Sächsische G.B. Art. 70 gegen gewaltthätige Angriffe auf Eigenthum, insofern die Art der Vertheidigung im gehörigen Verhältnisse zu der abzuwendenden Gefahr steht; das Hannoversche G.B. Art. 78 gegen unmittelbar bevorstehende oder bereits begonnene Angriffe auf Gut, wenn kein anderer Schutz erhalten werden konnte; das Großh. Hessische G.B. Art. 46 gegen Gewaltthaten, die auf Beschädigung oder Zerstörung liegenden oder beweglichen Besitzthums gerichtet sind, gegen Denjenigen, der bei einem Diebstahle ertappt oder zum Zwecke der Wiedererlangung alsbald verfolgt wird, und gegen Diejenigen, die in eines Anderen Besitzthum gewaltthätig auf unerlaubte Weise einzudringen suchen; das Braunschweig. Art. 166 gegen gewaltthätige rechtswidrige Angriffe auf Vermögen und gegen widerrechtliches Eindringen in Besitzthum, und gegen gewaltsamen Widerstand, den man bei der Verfolgung des mit der gestohlenen Sache entweichenden Räubers oder Diebes findet. Während nach diesen Gesetzbüchern das Recht auf Denjenigen, der mit den gestohlenen Sachen davon läuft, oder der Fenster einwirft oder andere Sachbeschädigungen vornimmt, zu schießen Theils abgesprochen, Theils wenigstens in Zweifel gelassen wird, wird dieses in dem Würtemberg. G.B. Art. 102 geradezu anerkannt, indem Nothwehr gestattet wird nicht bloß gegen gewaltthätiges Eindringen in eines Anderen Besitzthum, sondern auch gegen Gewaltthaten, die auf Beschädigung, Hinwegnahme oder Vernichtung liegenden oder beweglichen Eigenthums gerichtet sind, mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß

In Ansehung der Ehre wird ebenfalls von einigen Criminalisten behauptet, daß Nothwehr nicht bloß gegen Realinjurien, bei welchen sie sich wegen des damit verbundenen Angriffes auf die Person von selbst versteht, sondern auch gegen Verbalinjurien und gegen symbolische Injurien gebraucht werden dürfe [12]). Allein diese in dem gemeinen Rechte nicht begründete Ansicht ist mit Recht nicht in die neueren Gesetzbücher übergegangen [13]). Zwar machen die

---

darunter auch der Fall des mit der gestohlenen Sache entlaufenden Diebes begriffen sei. Vergl. auch Hepp, die Theorie von der Zurechnung, S. 35, und Breidenbach, Commentar zum großh. Hessischen G.B. S. 606 ff.

12) Grattenauer, über die Nothwehr, 1806, S. 98 ff. Grävell, im neuen Archiv des C.R. III. S. 291 ff. Henke, Handbuch I. S. 214, der jedoch Angriffe auf Ranges- und Standes-Ehre ausnimmt, während umgekehrt manche ältere Criminalisten (s. dieselben bei Wächter, I. S. 89) nur Personen höheren Standes und Officieren die Nothwehr gegen Injurien zugestehen wollten; Heffter, Lehrbuch §. 43, Note 4. Die überwiegende Mehrzahl der Neueren ist aber dagegen: Feuerbach, §. 38; Martin, §. 45; Grolman, §. 28; Marezoll, §. 24. Selbst bei Realinjurien ist Verletzung des Angreifenden nur unter der Voraussetzung rechte Nothwehr, daß sie dazu dienen sollte, den Angreifenden von Ausführung seiner Drohungen oder von Fortsetzung der Injurien abzuhalten. Vergl. Hepp a. a. O. S. 30. Ueber das Sprüchwort: „auf eine Maulschelle gehört ein Dolch" vergl. Eisenhart, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, S. 461 in der Ausgabe von Otto. Heffter, §. 43, Note 4 beruft sich für die Nothwehr bei Injurien darauf, daß selbst gegen bereits verübte Injurien das Recht der Retorsion zustehe, während er §. 311, Nr. VIII mit Recht die Retorsion verwirft.

13) Am Weitesten scheint das Hannoversche G.B. Art. 78 zu gehen, indem es gegen einen unmittelbar bevorstehenden oder bereits begonnenen Angriff auf die Ehre Nothwehr gestattet, wenn keine andere zureichende Hülfe zu erhalten war. Darnach würde auch gegen Verbalinjurien und gegen symbolische Injurien Nothwehr zugelassen werden müssen. In dem Preussischen, Oestreichischen und Sächsischen Gesetzbuche ist von Nothwehr

Geſetze nicht die Zumuthung, daß man ſich einem Angriffe durch feige Flucht entziehe [14]): aber es folgt daraus kein Recht einer ſelbſtſtändigen Nothwehr zum Schutze der Ehre, da in Verbalinjurien und in ſymboliſchen Injurien niemals ein ſolcher gegenwärtiger Angriff enthalten iſt, zu deſſen Abwehr die Verletzung des Anderen als das geeignete Mittel erſcheinen könnte.

3) Daß der Angriff, gegen welchen Nothwehr gebraucht werden ſoll, ein ungerechter ſein muß und von dem Angegriffenen nicht ſelbſt hervorgerufen geweſen ſein darf, folgt ſchon aus dem Grunde, aus welchem dieſelbe überhaupt geſtattet iſt. Die hier gemeinte Ungerechtigkeit beſteht in der Richtung auf die Rechtsverletzung, die durch die Nothwehr abgewendet werden ſoll. Daher kann von Nothwehr keine Rede ſein gegen Maßregeln der öffentlichen Gewalt, die nach Maßgabe der beſtehenden Geſetze gegen Jemanden verhängt werden [15]). Inſofern ſolche Maßregeln den Geſetzen gemäß ſind, wird mit ihnen eine Rechtsverletzung weder beabſichtigt noch hervorgebracht. Die öffentliche Gewalt hat immer die Präſumtion der Rechtmäßigkeit für ſich, vermöge deren ſich der Einzelne ihren Maßregeln vorläufig zu unterwerfen verbunden iſt. Eine Ausnahme davon kann nur in dem Falle

---

zur Rettung der Ehre gar nicht die Rede. Nach dem Bayeriſch. G.B. Art. 129 ſcheint nicht ein Mal Nothwehr gegen Ohrfeigen und ähnliche Realinjurien erlaubt zu ſein, inſofern nicht eine Gefahr für Geſundheit oder Keuſchheit damit verbunden iſt; das Würtemb. G.B. Art. 102, das Großh. Heſſ. G.B. Art. 46 und das Braunſchweig. G.B. §. 166 geſtattet Nothwehr gegen gewaltthätige Angriffe mit Gefahr für die Ehre. — Die Nothwehr gegen gewaltthätige Angriffe auf Ehre und Keuſchheit bedarf gar keiner beſonderen geſetzlichen Anerkennung, da ſie von ſelbſt in der Nothwehr zur Rettung des Leibes begriffen iſt.

14) S. oben Note 7.

15) P.G.O. Art. 150: „. . . ſo eynem jemandt von ampts wegen zu fahen gebürt.“

anerkannt werden, da die Diener der öffentlichen Gewalt bei Vollziehung solcher Maßregeln eine Gewalt anwenden, die sich schon ihrer Form nach als eine unbefugte und verbrecherische erweiset [16]). Dagegen wird das Recht der Nothwehr an und für sich nicht dadurch ausgeschlossen, daß der rechtsverletzende Angriff, gegen den sie gebraucht werden soll, aus irgend einem Grunde entweder dem objectiven Rechte nicht zuwider war, oder wenigstens nicht als strafbar angesehen werden konnte [17]). Aber dabei beruht die rechte Nothwehr auf der Voraussetzung, daß der rechtswidrige Angriff nicht von dem Angegriffenen selbst hervorgerufen gewesen war [18]).

---

16) Vergl. Henke, Handbuch, I. S. 207.

17) Daher ist Nothwehr auch zulässig gegen Angriffe, die ein Anderer im Nothstande unternimmt. Obgleich solche Angriffe wegen des Nothstandes erlaubt sind, kann doch dem Angegriffenen nicht zugemuthet werden, sich dieselben gefallen zu lassen. Vergl. darüber den folgenden §. 46. Auch gegen die §. 42 genannten Personen steht Nothwehr zu, obgleich sie wegen Mangels der verbrecherischen Willensbestimmung kein Verbrechen begehen, ebenso gegen Wahnsinnige, obgleich sie wegen Mangels der Zurechnungsfähigkeit nicht bestraft werden können. Ohne Grund behauptet Martin, §. 45, Note 4, daß der Angriff, der zur Nothwehr berechtigen solle, von einem zurechnungsfähigen Menschen ausgehen müsse.

18) Dieses Erforderniß ist angedeutet in den Ausdrücken „inculpata tutela“ und „überlaufft“, deren sich L. 1. C. unde vi (VIII. 4.) und P.G.O. Art. 140 bei der Nothwehr bedienen. Daher die Regel: gegen Nothwehr giebt es keine Nothwehr. Ueber andere hierher gehörige Fälle s. P.G.O. Art. 142. In den neuen Gesetzbüchern wird das Erforderniß, daß der Angriff ein unverschuldeter sei, den man nicht selbst hervorgerufen, nicht besonders hervorgehoben. Das Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20, §. 518 verlangt nur „eigenmächtige Gewalt“; das Bayerische G.B. Art. 125 „Rechtswidrige Gewaltthaten und verbrecherische Angriffe“; das Sächs. G.B. Art. 70 „gewaltthätige Angriffe“; das Würtemberg. G.B. „einen rechtswidrigen und dringenden Angriff“; das Hannoversch. G.B. Art. 78 „einen unrechtmäßigen Angriff“; das

Wenn der Angegriffene durch seine eigene Schuld in die Lage gekommen war, den Anderen verletzen zu müssen, um nicht selbst von ihm verletzt zu werden, steht auch die verletzende Handlung in vorhergesehenem Zusammenhang mit der Handlung, durch welche er sich in diese Lage versetzte. Die Verletzung ist alsdann nicht, wie bei der rechten Nothwehr, durch den Angreifenden veranlaßt, sondern durch Den, der den Angriff hervorgerufen. Selbst wenn der hervorgerufene Angriff ein strafbarer ist, kann er nur als Strafmilderungsgrund, nicht als Strafaufhebungsgrund in Betracht kommen bei der Beurtheilung der Verletzungen, die der Hervorrufende zu seinem Schutze zugefügt hatte [19]).

Die in rechter Nothwehr zugefügten Verletzungen sind straflos, weil sie nicht mit verbrecherischer Willensbestimmung zugefügt werden [20]). Wie die verbrecherische Willensbestim-

---

Großh. Hess. G.B. Art. 116 „einen rechtswidrigen Angriff"; und das Braunschweig. G.B. §. 166 „einen gewaltthätigen rechtswidrigen Angriff."

19) Daher kann dem einen Duellanten gegen den anderen die Nothwehr nicht zugestanden werden, ebenso wenig Demjenigen, der durch wörtliche Injurien zu Thätlichkeiten reizte, oder der den Ort aufsuchte, wo er wußte, daß ihn ein Angriff erwarte. Auch gegen Excess der Nothwehr kann keine Nothwehr Statt finden, obgleich hier Viele, z. B. Grolman, Grundsätze §. 25, Note 6 und Henke, Handb. I. S. 207 entgegengesetzter Meinung sind. Nach den in der vorigen Note citirten neuen Gesetzbüchern mußte freilich für alle diese Fälle das Recht der Nothwehr anerkannt werden, da in ihnen doch immer ein rechtswidriger Angriff Statt findet.

20) In den Lehrbüchern wird die Nothwehr in der Regel nicht in diesem Zusammenhange mit der verbrecherischen Willensbestimmung, sondern unter den Gründen abgehandelt, aus welchen die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen werde. Diese Stelle, die ihr auch noch in meinen Abhandlungen, II. S. 475 ff. gegeben ist, konnte hier nicht beibehalten werden, weil die Rechtswidrigkeit der Handlung gar nicht als ein besonderer Bestandtheil des Thatbestandes hervorgehoben werden

mung überhaupt nur etwas Subjectives ist, so kann es bei der Frage, ob ein Fall rechter Nothwehr vorhanden gewesen, auch nur darauf ankommen, ob die Voraussetzungen derselben in der Vorstellung des Verletzenden gelegen haben [21]). Wenn sich auch bei späterer Untersuchung des Falles ergeben sollte, daß die zugefügten Verletzungen zur Rettung des Handelnden nicht nothwendig gewesen, so wird doch dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie von ihm für nothwendig gehalten wurden. Das richterliche Urtheil muß hier, wie bei der verbrecherischen Willensbestimmung überhaupt, den Beweis aus allen Umständen des einzelnen Falles entnehmen [22]). Für

---

darf, wie freilich auch noch in meinen Abhandlungen, II. S. 110 und S. 396 ff. geschehen ist. Die Rechtswidrigkeit oder das Verbotensein der Handlung ist vielmehr nur ein Erforderniß der verbrecherischen Willensbestimmung, die nur in Beziehung auf verbotene Handlungen Statt finden kann. S. oben §. 33. — In den neuen Gesetzbüchern steht die Nothwehr in der Regel im allgemeinen Theile unter den Gründen, aus welchen die Strafbarkeit oder die Zurechnung ausgeschlossen wird. Im Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20. im neunten Abschnitte, in welchem allgemeine Grundsätze über Privatverbrechen aufgestellt werden. Im Oestreichischen G.B. über Verbrechen Art. 127 hat die Nothwehr dieselbe Stellung, die ihr in der Carolina Art. 139 ff. gegeben ist, als Anhang zu den Artikeln über Mord und Todtschlag. Zweckmäßiger steht die Nothwehr im Braunschweig. G.B. §. 166 als Anhang hinter den Verbrechen gegen das Leben und den Beschädigungen der Person. Vergl. Zöpfl, im Archiv, neue Folge, 1843, S. 27 ff.

21) S. oben §. 33, Nr. 1 und §. 35.

22) Diese sich von selbst verstehende Regel ist zweckmäßig in den neuen Gesetzbüchern für die Beurtheilung des Excesses bei der Nothwehr meistens noch ausdrücklich ausgesprochen. Bayerisch. G.B. Art. 130. Hannoversch. G.B. Art. 79. Großh. Hess. G.B. Art. 51. Braunschw. G.B. §. 167. — In der Carolina Art. 141 ist zwar vorgeschrieben, daß die Nothwehr von dem Angeschuldigten, der sich darauf berufe, bewiesen werden müsse. Allein diese auf den Anklageproceß berechnete Vorschrift findet auf unseren Inquisitionsproceß keine Anwendung.

diesen Beweis kann auch der Umstand von Bedeutung sein, ob der Thäter den Vorfall zu verheimlichen suchte, oder ob er ihn alsbald zur Anzeige brachte. Neuere Gesetzbücher machen häufig die Anzeige ausdrücklich zu einer Pflicht, deren Unterlassung, selbst wenn sich die Nothwehr nachher als eine rechte ergeben sollte, mit Strafe bedroht ist [23]).

§. 46.

2) Nothstand.

Der Nothstand ist der Collisionsfall zwischen der eigenen Erhaltung und der Begehung einer verbotenen Handlung. Das Recht des Nothstandes besteht darin, daß man in diesem Falle die verbotene Handlung ungestraft begehen darf [1]). Das objective Recht kann dem Menschen nicht die Zumuthung machen, sich selbst durch Unterlassung der verbotenen Handlung dem Gesetze zum Opfer zu bringen. So gewiß der Mensch gerade durch das objective Recht das Recht hat, in seiner rechtlichen Integrität zu existiren, ebenso gewiß kann ihm dasselbe nicht die Verbindlichkeit auferlegen, in diesem

---

23) Bayerisch. G.B. Art. 136 droht viertägiges bis einmonatliches Gefängniß; Würtemberg. G.B. Art. 105 im Falle der Tödtung Kreisgefängniß bis zu drei Monaten; Hannoversch. G.B. Art. 81 angemessene Geldstrafe; Braunschweig. G.B. §. 168 Gefängniß bis zu drei Monaten.

1) C. 11. Dist. I. de consecr. „Necessitas non habet legem.“ C. 4. X. de R. J. V. 41. „Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum.“ In der Carolina Art. 166 und 175 ist nur vom Nothstande der Hungersnoth die Rede; in allgemeiner Beziehung dagegen in den neuen Gesetzbüchern; Sächs. G.B. Art. 72; Würtemberg. G.B. Art. 106; Hannoversch. G.B. Art. 84; Großh. Hessisch. G.B. Art. 45; Braunschweig. G.B. §. 34. In dem Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20. §. 19 ist nur ein Fall des Nothstandes, der durch Drohungen hervorgebracht wird, besonders erwähnt; ebenso in dem Bayerisch. G.B. Art. 121.

Rechte aus einem anderen, als einem rechtlichen Grunde, eine Beeinträchtigung zu erleiden. Es muß daher erlaubt sein, zur Erhaltung dieses Rechtes sogar eine unerlaubte Handlung zu begehen, wenn der Verlust nicht die von dem objectiven Rechte selbst angeordnete Folge des eigenen Handelns ist [2]). Der Nothstand unterscheidet sich von der Nothwehr darin, daß diese gegen Denjenigen zusteht, der sie durch einen ungerechten Angriff abnöthigt, während der Nothstand im Allgemeinen zu Handlungen berechtigt, die außerdem verboten sein würden. Die im Nothstande begangenen Handlungen sind straflos, weil sie ohne verbrecherische Willensbestimmung begangen werden, die nur in Beziehung auf verbotene Handlungen gefaßt werden kann [3]). Dem Begriffe nach ist Nothstand nur vorhanden, wenn zur eigenen Erhaltung eine verbotene Handlung begangen werden mußte. Die gesetzliche Erlaubniß, zur Rettung gewisser dritter Personen aus einem Nothstande verbotene Handlungen zu begehen, darf mit dem Rechte des Nothstandes selbst nicht verwechselt werden [1]).

Das gemeine Recht enthält keine weiteren Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter welchen das Recht des Nothstandes Statt findet und über den Umfang, in welchem

---

2) Wächter, §. 55, leitete die Straflosigkeit der im Nothstande begangenen Verletzungen daraus her, daß in demselben gar kein Rechtsverhältniß Statt finde. Allein das Rechtsverhältniß kann im Staate niemals aufgehoben sein.

3) Mit Unrecht wird der Nothstand in vielen Lehrbüchern unter die Gründe gestellt, aus welchen die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, weil durch denselben entweder die Selbstthätigkeit des Willens oder die Wirksamkeit der Vernunft ausgeschlossen werde; vergl. z. B. Martin, §. 40 und Heffter, §. 57. Allein der im Nothstande Handelnde handelt ebensowohl mit freiem als mit vernünftigem Willen. Weil er aber kein Verbrechen begeht, liegt Nichts vor, was auf seine Zurechnungsfähigkeit bezogen werden könnte.

4) Vergl. unten §. 49.

es geltend gemacht werden kann. Aus dem naturrechtlichen Grunde aber, auf welchem das Recht des Nothstandes beruht, ergeben sich für die Ausübung desselben zwei Erfordernisse: zuvörderst daß der Nothstand in einer Gefahr für Leib oder Leben bestehe, die nicht anders als durch die verbotene Handlung vermieden werden könne; zweitens, daß diese Gefahr nicht die rechtliche Folge des eigenen Handelns war, oder nach einer gesetzlichen Verbindlichkeit übernommen werden mußte.

1) Ohne eine Gefahr für Leib oder Leben ist zwischen der Erhaltung der eigenen Rechte und der Begehung der verbotenen Handlung gar kein solcher Collisionsfall vorhanden, daß jene ohne diese nicht möglich wäre [5]). Namentlich ist die Ehre kein Gut, dessen Gefährdung, soweit sie überhaupt möglich ist und abgewendet werden kann, nicht immer durch

---

5) Das Bayerische G.B. Art. 121 erkennt Strafloſigkeit nur an bei Drohungen, die mit Gefahr für das Leben verbunden sind; ebenso das Würtemb. G.B. Art. 106 und das Großh. Hess. G.B. Art. 45. Diese zu große Beschränkung des Nothrechtes wird nach den beiden letzteren Gesetzbüchern einiger Maßen wieder dadurch gehoben, daß sie Drohungen überhaupt nicht mit zum Nothstande rechnen und bei denselben, auch wenn sie nur Gefahr für den Leib enthalten, Strafloſigkeit eintreten lassen; Würtemb. G.B. Art. 101. Hess. G.B. Art. 39. Warum soll aber nicht, wer widerrechtlich gefangen gehalten wird, sich dadurch befreien dürfen, daß er Feuer an die Thür legt, oder warum nicht die Entführte der Gefahr für ihre Geschlechtsehre dadurch zu entkommen suchen, daß sie ihren Wächter, ob er gleich von dem Verbrechen Nichts weiß, auf die Seite zu schaffen sucht? Die übrigen Note 1 citirten neuen Gesetzbücher geben das Recht des Nothstandes ausdrücklich zur Rettung von Leib oder Leben. Dabei haben sie alle insofern einen überflüssigen Artikel, als sie ebenfalls noch besonders von Drohungen sprechen, die doch nur ein einzelner Fall des Nothstandes sind. Sächsisches G.B. Art. 69; Hannoversches G.B. Art. 84, Nr. 7 und 8; Braunschw. G.B. §. 33.

nachfolgende Hülfe des Staates abgewendet werden könnte [6]). Ebenso wenig können Vermögensrechte als solche Güter angesehen werden, zu deren Erhaltung eine verbotene Handlung begangen werden dürfte. Denn wie Vermögensrechte ihrer Natur nach immer ersetzbar sind, so kann die Begehung einer verbotenen Handlung von dem objectiven Rechte nicht als das einzige Mittel anerkannt werden, dieselben zu erhalten [7]). Die Gefahr für Leib oder Leben kann entweder von Naturereignissen und anderen Zufälligkeiten kommen [8]), oder sie

---

6) Ueber Nothstand gegen Verläumdungen vergl. Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, S. 113, Note 18. b.

7) Davon kann nicht ein Mal in dem Falle eine Ausnahme anerkannt werden, da man einen Vermögensverlust, wegen dessen man gegen Niemanden einen Entschädigungsanspruch hat, durch eine verbotene Handlung abzuwenden vermag. Daß man das Leben eines Anderen, von dem der Angriff nicht herrührt, aufopfern dürfe, um das eigene Gut zu retten, wird auch von Niemanden behauptet. Dagegen wird mitunter die Behauptung aufgestellt, daß man sich an fremden Sachen vergreifen dürfe, um die eigenen zu retten; Wächter, §. 56; Hefftter, §. 40. Allein das ist nur in der Beschränkung richtig, daß man zur Abwendung einer gemeinsamen Gefahr fremde Sachen, die auch in Gefahr sind, preisgeben und zerstören darf, wobei es unter den Gesichtspunct des Privatrechtes fällt, ob und wieweit der Andere Entschädigung verlangen könne. L. 29. §. 3. L. 49. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) L. 3. §. 7. D. de incend. (XLVII. 9.) L. 1. D. de lege Rhodia. (XIV. 2.) Vergl. meine Abhandlungen, II. S. 510, Note 1, und Abegg, Lehrbuch §. 108. Dagegen ist es unbedingt nicht erlaubt, die eigene Sache, die in Gefahr ist gestohlen zu werden, dadurch zu retten, daß man den Dieben eine fremde anbietet. Daß man der Gefahr eines Vermögensverlustes durch Begehung einer verbotenen Handlung auszuweichen vermag, kann auch bei Drohungen von Vermögensbeschädigungen vorkommen, deren Vollziehung davon abhängig gemacht wird, ob man sich zu der zugemutheten verbotenen Handlung versteht.

8) Feuer-, Wasser-, Hungers-Noth und Aehnliches. Daß es unrecht sei, wie häufig geschieht, die Straflosigkeit des Diebstahls aus

kann durch rechtswidrige Drohungen anderer Menschen begründet werden [9]). Bei beiden Arten der Gefahr kommt es nur darauf an, daß sie dem Handelnden unter den Umständen des einzelnen Falles so dringend erschien, daß sich ihm die verbotene Handlung als das einzige Mittel der Rettung darstellte [10]). Dabei ist gleichgültig, ob die Gefahr von Demjenigen, der durch die verbotene Handlung verletzt werden sollte, veranlaßt war oder nicht, obgleich ihm, wenn er nicht durch die Rechtswidrigkeit seines Angriffes den Fall einer Nothwehr herbeigeführt hatte, in keiner Weise das Recht abgesprochen werden kann, der verletzenden Handlung des Anderen Vertheidigung und Nothwehr entgegenzusetzen. Die verbotene Handlung, zu welcher man durch den Nothstand berechtigt wird, kann auch in einer nicht auf Verletzung fremder Rechte gerichteten Handlung bestehen [11]).

2) Das andere angegebene Erforderniß des Nothstandes wird in den neuen Gesetzbüchern gewöhnlich so ausgedrückt, daß der Nothstand ein unverschuldeter gewesen sein müsse [12]).

Hungersnoth auf den Fall zu beschränken, da Eßwaaren gestohlen worden, ergiebt sich schon aus Art. 175 der P.G.O. Vergl. Mittermaier, Note 1. zu Feuerbach, §. 321.

9) Ob Drohungen, von den Neueren sogenannte vis compulsiva, Strafloſigkeit begründen, entscheidet sich ganz darnach, ob eine Gefahr für Leib oder Leben durch sie herbeigeführt war. Vergl. die Note 5 citirten Stellen aus den neuen Gesetzbüchern.

10) Nach dem §. 45 am Ende angegebenen Principe. Häufig legen die neuen Gesetzbücher, wie bei der Nothwehr, die Verbindlichkeit auf, alsbald von dem Vorfalle Anzeige bei der Obrigkeit zu machen.

11) Z. B. wenn Nothzucht nicht durch äußere physische Gewalt, sondern durch Drohungen eines Anderen erzwungen wird.

12) Vergl. oben Note 5. In dem Würtemberg. G.B. Art. 106 wird das Erforderniß der Nichtverschuldung nicht gemacht, sondern nur auf das wirkliche Dasein der Gefahr gesehen. Die Litteratur über das Erforderniß des Unverschuldetseins s. bei Wächter §. 55, Note 3.

Allein mit diesem Ausdrucke scheint dieses Erforderniß weder scharf noch vollständig genug bezeichnet zu werden. Verschuldet kann jeder Nothstand genannt werden, der durch die eigene rechtswidrige oder auch nur unvorsichtige Handlung des Gefährdeten herbeigeführt war. Das objective Recht kann aber dem Menschen nicht zumuthen, daß er durch sein eigenes Handeln größere Nachtheile verwirke als es selbst darauf gesetzt hat. Daher kann sich der Handelnde zwar strafbar machen durch die Handlungen, durch welche er sich in diesen Nothstand versetzte, nicht aber durch die Handlungen, durch welche er sich aus demselben wieder zu befreien suchte [13]). Nur darf es überhaupt nicht als Nothstand angesehen werden, wenn der Handelnde es als Folge seines Handelns vorhergesehen hatte, daß er sich in eine Lage bringen werde, in welcher er zur eigenen Erhaltung eine verbotene Handlung werde begehen müssen [14]). In einem solchen Falle liefert die wirkliche Begehung der verbotenen Handlung den Beweis, daß er schon bei der Handlung, durch welche er sich in diese

---

13) In sehr vielen Fällen wird sich der Nothstand aus einer Verschuldung herleiten lassen, z. B. Hungersnoth aus liederlicher Wirthschaft, Feuersnoth aus Verwahrlosung. Wenn man diese Fälle von dem Rechte des Nothstandes ausschließen wollte, würde dasselbe viel zu sehr beschränkt werden. Um diese Unbilligkeit zu vermeiden, ist im Großh. Hess. G.B. Art. 45 das Erforderniß so ausgedrückt, daß der Nothstand nicht durch eigenes strafbares Verschulden herbeigeführt sei. Allein auch darnach würde Derjenige, der durch seine culpa einen Brand erregt hat, der Gefahr des Verbrennens nicht dadurch ausweichen dürfen, daß er durch Ueberwältigung eines Anderen zuerst aus dem Fenster zu entkommen suchte. Vergl. Breidenbach, Commentar, 1. Band, S. 578 ff. Es kommt Alles darauf an, ob die Gefahr rechtliche Folge oder ob sie factische Folge des eigenen Handelns war.

14) Daher kann sich der Duellant ebenso wenig auf Nothstand als auf Nothwehr berufen.

Lage verſetzte, den Willen hatte, dieſelbe zu begehen, und daß es alſo dabei gar nicht auf die eigene Erhaltung abgeſehen war. Das Erforderniß, daß der Nothſtand ein unverſchuldeter ſei, iſt vielmehr nur in der Bedeutung aufzufaſſen, daß die abzuwendende Gefahr nicht in dem objectiven Rechte ſelbſt ihren Grund gehabt haben darf. Daher iſt es kein Nothſtand, der durch eine verbotene Handlung abgewendet werden könnte, wenn man ſich in Folge eines begangenen Verbrechens in Gefahr befindet, in Unterſuchung und Strafe genommen zu werden; ebenſo wenig wenn man durch einen ungerechten Angriff einen Anderen genöthigt hat, Nothwehr zu ergreifen. Das objective Recht würde ſich ſelbſt widerſprechen, wenn es zur Abwendung dieſer Gefahren, welche die rechtliche Folge des eigenen Handelns ſind, eine unerlaubte Handlung geſtatten wollte. In derſelben Weiſe kann vom Nothſtande keine Rede ſein in dem Verhältniſſe des öffentlichen Dienſtes, wo Jemand die geſetzliche Verbindlichkeit hatte, ſich einer Gefahr auszuſetzen [15]).

§. 47.

3) Verbindlicher Befehl.

Der Befehl, eine Handlung zu begehen, muß den Gehorchenden in allen den Fällen von Strafe befreien, in welchen er durch ein Geſetz verbunden war, Gehorſam zu leiſten [1]). Der Gehorchende kann in einem ſolchen Falle nicht

---

15) Namentlich im Militärdienſte. Vergl. Feuerbach §. 91, Note c.

1) L. 169. pr. de R. J. (L. 17.) „Is damnum dat, qui jubet dare, ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit.“ L. 167. §. 1. eod. „Qui jussu judicis aliquid fecit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet.“ C. 13. Caus. XXIII. qu. 5. „Miles, cum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit: nulla civitatis suae lege reus est homicidii;

die verbrecherische Willensbestimmung haben, weil sein Wille gerade darauf gerichtet ist, einer gesetzlichen Verbindlichkeit zu genügen [2]). Wenn dabei mit der befohlenen Handlung ein Verbrechen begangen wird, kann nur der Befehlende der Verbrecher sein, der sich des Gehorchenden als eines bloßen Werkzeuges bediente. Ein Gesetz kann aber die Verbindlichkeit zum Gehorsam nur in den Fällen auferlegen, in welchen der Befehl dem Gehorchenden als das im einzelnen Falle anzuwendende Gesetz selbst erscheinen muß. Das kann nur vorkommen in dem Subordinationsverhältnisse des öffentlichen Dienstes, wo der Untergeordnete durch das Dienstgesetz verbunden ist, den Befehlen seines Vorgesetzten, den er als Organ des Gesetzes anzusehen hat, Folge zu leisten [3]). Der Grund, aus welchem der Untergeordnete hier gehorchen muß, liegt nicht darin, daß der Befehl der individuelle Wille des Vorgesetzten ist, sondern in dem Dienstgesetze, welches durch Verweigerung des Gehorsams verletzt werden würde. Daraus ergeben sich drei Voraussetzungen, die vereinigt vorhanden sein müssen, wenn der Untergeordnete zum Gehorsam verbunden sein und keiner Verantwortung unterliegen soll.

Zuvörderst ist nothwendig, daß der Befehl von der competenten Behörde ausgegangen sei, von welcher der Gehorchende überhaupt Befehle zu empfangen hat [4]). Dem ein-

---

imo, nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contemti.“ Andere Stellen des canonischen Rechtes, die darauf hinauslaufen, daß man Gott mehr gehorchen soll als den Menschen, sind von keiner practischen Brauchbarkeit. C. 92—94. 97. 98. 101. Caus. XI. qu. 3.

2) Der verbindliche Befehl gehört nicht unter die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit, wohin ihn unter Anderen Heffter, §. 57, rechnet, wie es denn auch ohne Weiteres klar ist, daß der Gehorchende ganz vernünftig handelt.

3) Vergl. Abegg, Untersuchungen, S. 90 ff.

4) L. 37. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) „. . . si modo jus imperandi habuit.“ C. 13. Caus. XXIII. qu. 5. „. . . potestati, sub

zelnen Beamten muß seine Dienstinstruction die Entscheidung geben, von welcher Stelle ihm verbindliche Befehle zukommen können und müssen.

Zweitens ist erforderlich, daß der Befehl in der vorgeschriebenen Form erlassen worden sei [5]). Auch hierfür muß die Dienstinstruction des einzelnen Beamten die entscheidende Norm geben. Soweit indessen eine bestimmte Form nicht ausdrücklich vorgeschrieben oder hergebracht ist [6]), muß auch ein bloßer mündlicher Befehl, der von der geeigneten Stelle kommt, für ausreichend gehalten werden [7]).

Drittens gehört zur gesetzlichen Verbindlichkeit eines Befehles, daß die befohlene Handlung in einer solchen Function bestehe, deren Verrichtung dem Gehorchenden überhaupt seinem Dienste zufolge obliegt [8]). Befehle anderen Inhaltes

---

qua legitime constitutus est." Bayerisches G.B. Art. 122. „Wenn ein Staatsbeamter oder eine öffentliche Behörde ihren untergebenen Beamten, Dienern oder untergeordneten Behörden eine Handlung befohlen hat . . ." Ebenso das Würtemb. G.B. Art. 403, und das Hannoversch. G.B. Art. 15. Aehnlich das Braunschw. G.B. §. 251. Großh. Hessisch. G.B. Art. 40. „Ist der Befehl dem Handelnden von seinem Vorgesetzten ertheilt gewesen . ."

5) Würtemberg. Verfassungsurkunde von 1819, §. 53, worauf in Art. 403 des G.B. verwiesen ist. Braunschweig. G.B. §. 251 „vorgeschriebene Form." Hessisch. G.B. Art. 40 „gehörige Formen."

6) Z. B. Contrasignatur des Beamten, der die Verantwortlichkeit übernimmt, schriftliche Befehle zur Vollziehung von Strafen, Auspfändungen, Exmissionen u. s. w.

7) Vergl. Breidenbach, Commentar, I. S. 548.

8) In den neuen Gesetzbüchern ist dieses in der Natur der Sache liegende Erforderniß meistens so ausgedrückt, daß die befohlene Handlung nur als Mißbrauch oder Ueberschreitung der Amtsgewalt oder als Verletzung der Amtspflichten des befehlenden Theiles strafbar sein dürfe. Vergl. die Note 4 citirten Stellen. Es soll damit ausgedrückt werden, daß der Befehl den Vollbringer nicht straflos mache, wenn die Handlung unter den Begriff eines gemeinen Verbrechens, im Gegensatz eines

können gar nicht unter die Vorschrift des Dienstgesetzes fallen, das den Beamten zum Gehorsam verpflichtet. Daß mit einer befohlenen Handlung, deren Verrichtung zu den Dienstfunctionen des Gehorchenden gehört, ein Verbrechen begangen wird, ist nur in der Weise denkbar, daß es im gegebenen Falle an den Voraussetzungen mangelt, unter welchen diese Handlung rechtlicher Weise begangen werden darf. Wenn dabei der öffentliche Dienst so eingerichtet ist, daß ein Untergeordneter diese Handlungen auf Befehl seines Vorgesetzten zu vollziehen hat, kann nur dieser dafür verantwortlich gemacht werden. Denn weil die Vollziehung der Handlung nur die Folge des Befehles ist, kann nur dem Befehlenden die Verbindlichkeit obliegen, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen wirklich vorhanden waren [9]). Wenn dagegen

---

Dienstverbrechens (vergl. oben §. 29), falle. Da die neueren Gesetzbücher in der Regel zu den Dienstverbrechen auch diejenigen gemeinen Verbrechen rechnen, zu deren Begehung die Beamten von ihrer amtlichen Stellung Gelegenheit und Mittel hernehmen (vergl. oben §. 29, Note 2), so wird mit dieser Ausdrucksweise ziemlich dasselbe als mit der hier angenommenen gesagt. Wenn aber ein Beamter den Befehl zu Arretur oder Confiscation giebt, um etwa ein Frauenzimmer in seine Gewalt zu bringen oder um sich die Sachen gewinnsüchtig anzueignen, so begeht er dem Begriffe nach ein gemeines Verbrechen der Entführung oder Unterschlagung, ohne daß der Vollziehende dafür verantwortlich gemacht werden kann.

9) Etwas Anderes würde es sein, wenn es dem Gehorchenden bekannt war, daß diese Voraussetzungen fehlten. In einem solchem Falle hat er entschieden die Pflicht, zu remonstriren, wenn er die Remonstration noch vor der Frist anbringen kann, die ihm zum Vollzuge des Befehles gesetzt ist. Durch Nichterfüllung dieser Pflicht kann er sich mindestens einer Theilnahme an dem Verbrechen des Befehlenden schuldig machen. Dagegen ist er zum Vollzuge berechtigt, wenn der Befehlende auf die Remonstration nicht eingehen wollte, oder wenn er nicht mehr in Erfahrung bringen konnte, ob derselbe darauf eingehen würde. Vergl. auch Breidenbach a. a. O. S. 550.

die befohlene Handlung nicht zu den dienstlichen Functionen des Gehorchenden gehört, kann er bei der Vollziehung gar nicht den Willen haben, seine gesetzliche Dienstpflicht zu erfüllen [10]). Indem ihm vielmehr der Befehl nur als der individuelle Wille des Befehlenden erscheinen kann, durch welchen er nicht zu unerlaubten Handlungen berechtigt werden kann, fehlt es ihm, wenn die befohlene Handlung eine wirklich verbotene war, bei der Befolgung auch nicht an dem Willen, die verbotene Handlung zu begehen.

Wenn ein Befehl nur unter diesen drei Voraussetzungen ein verbindlicher ist und von Verantwortlichkeit befreiet, so folgt daraus von selbst, daß keine Geltung des öffentlichen Dienstes zu einem sogenannten blinden Gehorsam verpflichtet, bei welchem gar keine Prüfung des erhaltenen Befehles gestattet wäre. Jeder Beamte muß vielmehr für berechtigt und verpflichtet gehalten werden, vor der Vollziehung ihm zukommender Befehle eine Prüfung darüber anzustellen, ob jene drei Voraussetzungen wirklich vorhanden seien. Außerdem würde man den Beamten entweder die Pflicht auferlegen, sich einer Bestrafung auszusetzen, oder man würde Handlungen, welche in der That Bestrafung verdienten, von derselben ausnehmen.

Außer dem Verhältnisse des öffentlichen Dienstes kann

---

10) Daher wird z. B. der Soldat nicht straflos, der auf Befehl des Officiers mit demselben desertirt oder zum Feinde übergeht, oder der Gefangenwärter, der auf Befehl des Untersuchungsrichters den Gefangenen schlechter hält, als es nach der Gefängnißordnung überhaupt zulässig war. Es ist das nicht, wie Breidenbach a. a. O. behauptet, eine Ausnahme von der Regel, daß der Untergeordnete die in Dienstangelegenheiten ertheilten Befehle befolgen müsse, sondern nur eine Consequenz der Regel, daß sich ein verbindlicher Befehl nur auf solche Functionen beziehen kann, zu welchen der Gehorchende überhaupt angestellt ist.

der bloße Befehl den Gehorchenden niemals straflos machen, wenn die befohlene Handlung wirklich strafbar ist. Denn es ist immer verbrecherischer Wille, dem verbrecherischen Willen eines Anderen Folge zu leisten. Zwar erkennt das Recht gewisse Gewaltverhältnisse und Abhängigkeitsverhältnisse an, in welchen der Eine seinen Willen dem Willen des Anderen unterzuordnen verbunden ist [11]). Allein wo der Gewalthaber von dem Abhängigen nicht als Organ des Gesetzes angesehen werden kann, würde das objective Recht sich selbst widersprechen, wenn es die Verbindlichkeit zum Gehorsam auf andere als erlaubte Handlungen erstreckte [12]). Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Befehl dem Gehorchenden unter Umständen zum Strafmilderungsgrunde gereichen kann [13]).

§. 48.

4) Einwilligung des Verletzten.

Es gehört unter die sehr bestrittenen Fragen, ob und in welchem Umfange durch die Einwilligung des Verletzten in die Verletzung das Dasein des Verbrechens, das ohne die Einwilligung auf jeden Fall begangen gewesen sein würde, ausgeschlossen werde [1]). Dabei ist zuvörderst klar, daß diese

---

11) Namentlich väterliche Gewalt und Dienstherrschaft.

12) Zwar heißt es in L. 4. D. de R. J. (L. 17.) „Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini;“ dagegen aber in L. 157. pr. D. eod.: „Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si dominis obtemperaverint.“ Ebenso ist es in allen neueren Gesetzbüchern anerkannt, daß bloßer Befehl nicht von Strafe befreie.

13) L. 20. D. de O. et A. (XLIV. 7.) L. 2. C. de sepulc. viol. (IX. 19.) L. 8. pr. C. ad leg. Jul. de vi. (IX. 12.)

1) Vergl. im Allgemeinen Stübel im neuen Archiv des C.R. IX. S. 551 ff.; Hepp, ebendaselbst, XI. S. 65 ff. und S. 239 ff.;

Frage gar nicht aufgeworfen werden kann in Beziehung auf die Verbrechen, die oben Gesetzesverbrechen genannt worden sind [2]). Denn wie diese Verbrechen nicht darum verboten sind, weil sie auf die Verletzung subjectiver Rechte gerichtet sind, sondern weil sie in anderer Beziehung der rechtlichen Ordnung zuwiderlaufen, so kann auch einer hierher gehörigen Handlung durch die Einwilligung des von ihr etwa Betroffenen nicht die Eigenschaft genommen werden, wegen welcher sie als Uebertretung eines solchen Verbotes angesehen werden muß [3]). Die Frage kann sich nur auf die Rechtsverbrechen beziehen, die wegen der in ihnen enthaltenen Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte verboten sind. In dieser Hinsicht ist unbestritten und unbestreitbar, daß Verbrechen gegen die Vermögensrechte nicht begangen werden können, wenn der Berechtigte selbst seine Einwilligung gegeben hatte zu der Handlung, durch welche außerdem eine Verletzung derselben begangen worden sein würde. Die Einwilligung enthält hier eine Uebertragung des Rechtes auf den Anderen, vermöge deren derselbe bei der Handlung nur von seinem Rechte Gebrauch macht, und folglich nicht den Willen haben kann, eine Rechtsverletzung zu begehen [4]). Ebenso ist es un-

---

Abegg, Untersuchungen, S. 62 ff.; und meine Abhandlungen, II. S. 412 ff.

2) S. oben §. 24.

3) Z. B. bei Wucher die Einwilligung des Schuldners, bei Ehebruch die des beleidigten Ehegatten. S. meine Abhandlungen a. a. O. S. 421.

4) Die Einwilligung darf weder bei Vermögensrechten noch bei anderen Rechten als eine Verzichtleistung des Beschädigten auf die Strafe, oder als eine Auctorisation das Strafgesetz zu übertreten, angesehen werden, wie von Hepp a. a. O. S. 258 u. 259 geschieht. Eine solche Verzichtleistung und Auctorisation ist natürlicher Weise ganz bedeutungslos, wo es sich um öffentliche Strafe handelt, auf welche der Einzelne gar nicht als der Berechtigte erscheint. Selbst auf Privatstrafe kann

bestreitbar, daß die Einwilligung des Berechtigten das Dasein des Rechtsverbrechens in allen den Fällen ausschließen muß, in welchen entweder mit der Einwilligung eine Handlung verbunden ist, durch welche sich der Einwilligende selbst seines Rechtes entäußert [5]), oder in welchen durch die Handlung, in welche er einwilligte, nur die Handlung vorbereitet werden sollte, durch welche er sich selbst seines Rechtes entäußern wollte [6]). In diesen Fällen ist der Wille, das Recht

---

vor der Begehung des Verbrechens nicht gültig verzichtet werden, weil ein solcher Verzicht ein pactum turpe sein würde. L. 27. §. 3. 4. D. de pactis. (II. 14.) L. 17. pr. D. commodati. (XIII. 6.) Die Einwilligung kann nur insofern in Betracht kommen, als sie zu der Handlung berechtigt, und dadurch bewirkt, daß dieselbe nicht unter das Strafgesetz subsumirt werden kann.

5) Z. B. stuprum, bei welchem es die Geschwächte selbst ist, die durch Einwilligung ihre Ehre preis giebt, während bei angewendeter Gewalt Nothzucht begangen wird; ein genommener Kuß kann unter Umständen Injurie sein, während die Einwilligung dabei auf ein Geben hinausläuft; Menschenraub kann nur mit Gewalt oder List begangen werden, weil ein Einwilligender nur durch seine eigene Handlung in fremde Abhängigkeit kommen kann.

6) Namentlich gehören hierher die Handlungen, durch welche man einen Anderen in einem Selbstmorde unterstützt, indem man etwa in seine Speise das Gift mischt, das er selbst nehmen wollte. Es ist schon da gewesen, daß zwei Personen mit gegenseitiger Unterstützung einen gleichzeitigen Selbstmord durch Gift, Kohlendampf oder auf andere Weise begehen wollten, und daß die eine gerettet wurde. In solchen Fällen kann nicht die Rede sein von Tödtung eines Einwilligenden, sondern nur von Theilnahme an einem Selbstmorde, da keine der beiden Personen die Absicht hat, die andere umzubringen, sondern nur die Absicht, sie in der eigenen Tödtung zu unterstützen. Wo der Selbstmord straflos ist, wie das nach gemeinem Rechte sowohl als nach den neuen Gesetzbüchern der Fall ist, kann an und für sich auch die Unterstützung desselben nicht bestraft werden. Es ist aber zweckmäßig, die Beihülfe zum Selbstmorde besonders mit Strafe zu bedrohen, wie das im Preussisch. L.R. Th. II. Tit. 21. §. 834 und im Braunschw. G.B. §. 148 geschehen ist.

eines Anderen zu verletzen, nicht möglich, weil es keine Verletzung von eines Anderen Rechten ist, ihm die Möglichkeit zu gewähren, sich mit seinem eigenen Willen selbst zu verletzen.

Dagegen ist die Frage, ob eine gegen Leben, Gesundheit, Freiheit oder Ehre begangene Handlung dadurch straflos werden kann, daß der Berechtigte selbst darein gewilligt hatte, von dem Handelnden in diesen Rechten verletzt zu werden [7]). Wenn sie straflos ist, könnte sie es nur darum

---

Nur scheint es zu hart zu sein, diese Handlung ebenso schwer als die Tödtung eines Einwilligenden zu bestrafen. Denn diese Tödtung, durch welche fremdes Leben zerstört wird, ist auf jeden Fall eine ganz andere Handlung, als Beihülfe zu einem Selbstmorde, obgleich sie oft damit verwechselt wird, z. B. von Stübel, im neuen Archiv des C.G. IX. S. 577, und von Mittermaier zu Feuerbach §. 243, indem er die Artikel 125 im Sächs. G.B. und 239 im Würtemberg. G.B., die von Tödtung eines Einwilligenden handeln, auch auf Unterstützung des Selbstmordes beziehen will. Vergl. auch meine Abhandlungen a. a. O. S. 418, Note 4.

7) Feuerbach, §. 35, Abegg, §. 102, Heffter, §. 38 und Marezoll, §. 23 und viele Andere wollen der Einwilligung nur bei den Rechten, über welche dem Privatwillen gültige Verfügungsbefugniß zusteht, die Wirkung einräumen, die Handlung straflos zu machen, während Andere, z. B. Stübel, über den Thatbestand §. 106 und im neuen Archiv des C.R. IX. S. 551 ff., Henke, Handbuch I. §. 38 und Wächter §. 59 behaupten, daß die Einwilligung bei allen Rechten wenigstens die Wirkung habe, daß die Handlung nicht mehr als dasjenige Verbrechen angesehen werden könne, welches sie ohne dieselbe gewesen sein würde. Am Richtigsten wird die Frage von Hepp a. a. O. dahin beantwortet, daß bei den Verbrechen, zu deren Thatbestand das Merkmal „invito laeso“ gehöre, die Einwilligung den Thatbestand ausschließe, während sie bei den übrigen ohne Bedeutung sei. Es kommt daher darauf an, den in dem positiven Rechte angenommenen Thatbestand der einzelnen Verbrechen auf dieses Merkmal zu untersuchen. Begreiflicher Weise kann diese Untersuchung nicht überflüssig gemacht werden durch den bei dieser Frage oft ausgesprochenen Satz, daß Straf-

sein, weil der Einwilligende durch die Einwilligung sein Recht verloren und der Handelnde das Recht erhalten hätte, die verletzende Handlung vorzunehmen. Der Handelnde würde unter dieser Voraussetzung keine verbrecherische Willensbestimmung haben können, weil sein Wille auf etwas Erlaubtes gerichtet sein würde. Nach gemeinem Rechte, scheint es, muß für alle Rechtsverbrechen angenommen werden, daß Einwilligung des Verletzten das Dasein des Verbrechens ausschließe. Wenn auch der Satz „volenti non fit injuria" zunächst nur für die Injurien ausgesprochen ist [8]), so ergiebt sich doch aus dem im gemeinen Rechte angenommenen Begriffe und Thatbestande der übrigen Verbrechen, daß er allgemeinere Geltung habe. Namentlich kennt das gemeine Recht keine Gattung des Verbrechens der Tödtung, unter welche die Tödtung eines Einwilligenden begriffen werden könnte [9]).

---

gesetze nicht durch Willkür der Einzelnen außer Gültigkeit gesetzt werden können (jus publicum privatorum pactis mutari non potest), und also das Verbot der Tödtung nicht durch Einwilligung des Getödteten aufgehoben werden könne. Denn es ist eben in Frage, ob die Tödtung eines Einwilligenden mit unter dieses Verbot falle. Was ich in meinen Abhandlungen a. a. O. S. 424 behauptet habe, daß die Einwilligung des Verletzten den Thatbestand der Rechtsverbrechen der Regel nach ausschließe, ist weder aus allgemeinen Gründen richtig, noch nach den neuen Gesetzbüchern, wohl aber für das gemeine Recht, wie sich aus dem weiteren Verlaufe dieses §. ergeben wird.

8) L. 1. §. 5. D. de injuriis (XLVII. 10.) Reg. 27. VI. de R. J. (V. 13.)

9) Das gemeine Recht kennt drei Arten des Verbrechens der Tödtung: culpose Tödtung, wenn sie ohne die Absicht des Thäters verübt war, Todtschlag, wenn der Thäter im Affecte handelte, und Mord. Da die Tödtung eines Einwilligenden auf keinen Fall als culpose Tödtung oder als Todtschlag aufgefaßt werden könnte, so bliebe nur der Mord übrig, unter den sie begriffen werden könnte. Nach altteutscher Rechtsansicht, von welcher auch die Carolina nicht abgewichen zu sein scheint, da sie sich Art. 137 des Ausdruckes Mord bedient, ohne sich

Verbrechen gegen die Gesundheit und die Freiheit fallen nach gemeinem Rechte entweder unter den Gesichtspunct der Injurie, für welche der angegebene Satz ausdrücklich ausgesprochen ist, oder unter den Begriff des Verbrechens der Gewaltthätigkeit, von welcher gegen einen Einwilligenden keine Rede sein kann [10]). Die neuen Gesetzbücher gehen dagegen

---

über den Thatbestand desselben näher zu erklären, gehört zum Morde eine heimliche und hinterlistige Weise der Tödtung, wovon bei Tödtung eines Einwilligenden ebenfalls keine Rede sein kann. Die nähere Begründung aus dem älteren teutschen Rechte s. in meinen Abhandlungen a. a. O. S. 449 ff. Daß bei den Römern die Tödtung eines Einwilligenden nach der lex Cornelia de sicariis gestraft worden sei, wird schon dadurch sehr unwahrscheinlich, daß nirgends gesagt ist, daß die Einwilligung keine Strafloſigkeit begründe, während das doch bei anderen Verbrechen, bei welchen es mindestens ebenso zweifelhaft ist, ausdrücklich geschieht. Z. B. L. 4. §. 2. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) L. 2. §. 4 et 5. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) Auch werden mehrere Beispiele erzählt, daß sich Herren von ihren Sclaven umbringen ließen, ohne die geringste Andeutung, daß die Sclaven damit etwas Verbrecherisches gethan hatten. Tacitus, Annal. XVI. c. 15. Valerius Maxim. VI. c. 8. — Hepp a. a. O. S. 269 f. beruft sich für die Strafbarkeit der Tödtung, Verwundung und Ehrenverletzung eines Einwilligenden nur auf den Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, in welchem man von Tödtung, Verwundung und Injurie preche, möge der Verletzte darein gewilligt haben oder nicht. Allein es ist gerade in Frage, ob dieser Sprachgebrauch dem gesetzlichen Begriffe und Thatbestande entspreche. Vrgl. meine Abhandlungen a. a. O. S. 431 ff.

10) L. 1. D. quod metus causa. (IV. 2.) S. meine Abhandungen a. a. O. S. 463 ff. In einzelnen wenigen Fällen zieht jedoch nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Einwilligung keine Strafloſigkeit nach sich; namentlich bei Verstümmelung von Militärpflichtigen, L. 4. §. 12. L. 6. §. 7. D. de re militari (XLIX. 16.); bei Castration, L. 4. §. 2. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) und bei Eingeben von Liebes- und Abortiv-Tränken. L. 38. §. 5. L. 39. D. de poenis. (XLVIII. 19.) L. 4. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.)

von der Ansicht aus, daß Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre unveräußerliche Rechte des Menschen seien, und daß durch die Erlaubniß des Berechtigten Niemand das Recht erhalten könne, sich an denselben zu vergreifen. Nach dieser Ansicht ist es in dem Bayerischen Gesetzbuche ausdrücklich als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen, daß mit Ausnahme der Handlungen, die bloß auf Verlust oder nicht gemeingefährliche Beschädigung des Eigenthumes gerichtet seien, die Erlaubniß des Beschädigten die Handlung weder straflos noch in geringerem Grade strafbar mache [11]). In den übrigen der neuen Gesetzbücher ist es zwar nicht in so allgemeiner Fassung erklärt, daß bei den gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre unternommenen Handlungen die Einwilligung nicht die Wirkung haben solle, den Thatbestand auszuschließen: aber dagegen ist in ihnen in den Thatbestand dieser Verbrechen nicht das Erforderniß aufgenommen, daß die verletzende Handlung wider den Willen des Betroffenen unternommen sein müsse [12]). Damit scheint aber ebenso wohl als wenn es in einem allgemein gefaßten Artikel ausgesprochen wäre, anerkannt zu sein, daß der Thatbestand dieser Verbrechen durch die Einwilligung des Verletzten nicht ausgegeschlossen werde.

Das Princip der neuen Gesetzbücher über die vorliegende Frage ist zuverlässig das richtigere, weil es vor der Vernunft keine Rechtfertigung finden kann, von einer solchen Einwilligung Gebrauch zu machen. Wenn auch Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre nicht in dem Sinne unveräußerliche Rechte sind, daß der Berechtigte die Rechtspflicht hätte, sie zu behalten [13]), so sind sie doch unveräußerlich in dem Sinne,

11) Art. 123.

12) Soweit nicht die bei Note 5 in diesem §. bezeichneten Handlungen eine nothwendige Ausnahme machen.

13) Es liegt in dem Begriffe jedes Rechtes, daß man die Befugniß

daß sie nicht auf Andere übertragen werden können [14]). Daher kann Niemand durch die Einwilligung ein Recht erhalten, diese Rechte zu zerstören, und der Einwilligende behält folglich diese Rechte, ungeachtet er in ihre Zerstörung gewilligt hat [15]). Dieselbe bleibt immer eine Rechtsverletzung in der nämlichen Weise, als wenn sie gegen den Willen des Berechtigten geschehen wäre. Die Einwilligung kann für den Handelnden kein Rechtsgrund sein, durch welchen die rechtsverletzende Eigenschaft seiner Handlung ausgeschlossen werden könnte, sondern nur ein Beweggrund, die rechtsverletzende Handlung zu begehen. Dieser Beweggrund kann bei den Verbrechen, die gegen Gesundheit, Freiheit und Ehre begangen werden, nicht ein Mal als ein Strafmilderungsgrund in Betracht kommen, weil schwerlich ein vernünftiger oder anerkennbarer Zweck gedacht werden kann, zu dessen Erreichung die Zerstörung dieser Güter vorgenommen werden könnte. Dagegen ist mit Recht bei dem Verbrechen der Tödtung die Einwilligung des Getödteten in den meisten neuen Gesetzbüchern als ein Milderungsgrund anerkannt, weil es hier allerdings möglich ist, daß der Handelnde einem an und für sich untadelhaften Gefühle nachgegeben hat [16]).

---

hat, dasselbe zu derelinquiren. Die verschiedenen Ansichten über den Unterschied zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten s. bei Hepp a. a. O. S. 81 ff.

14) Vergl. Stübel, im neuen Archiv des C.R. IX. S. 557 ff.

15) Daher versteht sich von selbst, daß auch nach der Ansicht Derer, welche der Einwilligung die Wirkung zuschreiben, die Rechtsverletzung auszuschließen, der Einwilligende jeder Zeit zurücktreten kann, und daß der Andere ein Verbrechen begeht, wenn er dessen ungeachtet in der Verletzung fortfährt. Stübel a. a. O. S. 560 ff.

16) Das Preussische L.R. Th. II. Tit. 20. §. 834 droht sechsjährige bis zehnjährige und bei überwiegendem Verdachte, den Wunsch nach dem Tode bei dem Getödteten selbst veranlaßt zu haben, lebenswierige Festungs- oder Zuchthaus-Strafe; das Sächsische G.B. Art. 125 Ge-

In jedem Falle muß die Einwilligung um berücksichtigt werden zu können unter solchen Umständen erklärt gewesen sein, daß sie von dem Handelnden für ernstlich gemeint gehalten werden konnte. Auch ist nicht zu übersehen, daß die Einwilligung in die Verletzung keines Weges immer vorhanden ist, wenn der Verletzte in die Handlung gewilligt hat, welche die Verletzung zur Folge gehabt hat [17]).

§. 49.

5) Gesetzliche Erlaubniß in anderen Fällen.

Die anderen Fälle, in welchen es gesetzlich erlaubt ist, eine Handlung zu begehen, die unter anderen Umständen verboten sein würde, fallen im Wesentlichen unter dieselben Gesichtspuncte, nach welchen in den bisher betrachteten Fällen das Dasein eines Verbrechens ausgeschlossen ist. Diese Fälle sind folgende.

a) Handlungen, die zur Erfüllung einer amtlichen Obliegenheit begangen werden [1]). Es muß hier in der nämlichen Weise als bei einem erhaltenen Befehle Strafloſigkeit eintreten, weil der Handelnde keinen verbrecherischen Willen

---

fängniß von sechs Monaten bis zu drei Jahren oder Arbeitshaus bis zu vier Jahren; das Würtemberg. G.B. Art. 239 Arbeitshaus, und wenn der Getödtete ein Todtkranker oder tödtlich Verwundeter gewesen, Kreisgefängniß von sechs Monaten bis zu sechs Jahren; das Großh. Hessische G.B. Art. 257 Correctionshaus von sechs Monaten bis zu drei Jahren oder Zuchthaus bis zu zehn Jahren; das Braunschw. G.B. §. 147 Gefängniß nicht unter einem Jahre, und bei einem Todtkranken oder tödtlich Verwundeten von drei Monaten bis zu einem Jahre.

17) Z. B. von dem Duellanten läßt sich wegen der Einwilligung in das Duell nicht sagen, daß er auch in die Verwundung oder Tödtung gewilligt habe.

1) P.G.O. Art. 150: „. . . so eynem jemandt von amts wegen zu fahen gebürt . .“

haben kann, wenn er den Willen hat, seiner durch das Dienstgesetz ihm auferlegten Pflicht zu genügen [2]). Auch hier kann nur das Dienstgesetz entscheiden, zu welchen Handlungen Jemand vermöge seines Amtes verpflichtet und folgeweise auch berechtigt ist. Keine Diensthandlung eines Beamten kann mit verbrecherischem Willen begangen sein, wenn er dabei die Vorstellung hatte, daß die factischen Voraussetzungen vorhanden seien, unter welchen er nach seinem Dienstgesetze dieselbe vornehmen mußte. Ob er diese Vorstellung wirklich gehabt, ist eine factische Frage, deren Ermittelung, wie der Beweis des verbrecherischen Willens überhaupt, nur aus den Umständen des einzelnen Falles entnommen werden kann. Nach diesem Principe muß die Verantwortlichkeit der Beamten beurtheilt werden sowohl hinsichtlich der von ihnen ertheilten Befehle, deren Vollzug ihren Untergeordneten obliegt, als auch hinsichtlich der Handlungen, durch welche sie unmittelbar in das Rechtsgebiet anderer Menschen eingreifen. Daß die Beamten dem Widerstande, den sie bei solchen Handlungen finden, Vertheidigung und erforderlichen Falles Nothwehr entgegensetzen dürfen, bedarf keiner besonderen gesetzlichen Anerkennung; dagegen können nur die besonderen Dienstgesetze darüber entscheiden, in wieweit Beamte außerhalb einer Nothwehr von ihren Waffen Gebrauch machen dürfen, um die Vereitelung einer von ihnen vorzunehmenden Diensthandlung zu verhindern [3]).

---

2) S. oben §. 47.

3) Ob namentlich Gensdarmen und Soldaten schießen dürfen, um die Flucht des Verhafteten zu verhindern, oder Zoll-, Forst- und Jagd-Beamte, um der fliehenden Schmuggler und Wilddiebe habhaft zu werden. S. z. B. die Preussischen Gesetze vom 28. Juni 1834 über den Waffengebrauch der Grenzaufsichtsbeamten, vom 20. März 1837 über den Waffengebrauch des Militärs, und vom 31. März 1837 über den Waffengebrauch der Forst- und Jagd-Beamten.

b) Verletzungen, die zur Vertheidigung eines Anderen zugefügt werden. Im gemeinen Strafrechte wird es ausdrücklich zu den Fällen strafloser Tödtung gerechnet, wenn Einer zur Rettung von eines Anderen Leib, Leben oder Gut Jemanden erschlägt [4]). Es wird damit im Allgemeinen anerkannt, daß man das Recht habe, Andere gegen Angriffe zu vertheidigen und ihnen in denselben zu Hülfe zu kommen [5]). Zur Bedingung wird gemacht, daß in ordentlicher Weise dabei gehandelt werde [6]). Die Vertheidigung eines Anderen gegen die Angriffe dritter Personen gehört zwar nicht zur eigentlichen Nothwehr, welche ihrem Begriffe nach nur Statt findet, um sich selbst zu vertheidigen [7]). Dennoch muß sie im Wesentlichen unter den nämlichen Grundsätzen als die eigentliche Nothwehr stehen. Denn das Recht, einen Anderen zu vertheidigen, kann nur aus dem zunächst diesem selbst zustehenden Rechte der Nothwehr hergeleitet werden und folglich nur unter der Voraussetzung eintreten, daß dieses Recht der Nothwehr begründet gewesen sein würde [8]). Daraus ergeben

4) P. G. O. Art. 150.

5) Eine Verpflichtung dazu giebt es dagegen nicht, außer bei Soldaten. L. 3. §. 22. L. 6. §. 8. 9. D. de re militari. (XLIX. 16.) Im römischen Rechte waren auch die Sclaven verpflichtet, ihren Herrn zu vertheidigen. L. 1. pr. D. de SC. Silan. (XXIX. 4.) Daß die Nichterfüllung einer derartigen vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung kein Verbrechen bilde, so wie auch daß Ehegatten und Ascendenten und Descendenten sich nicht bei Strafe zu gegenseitiger Hülfeleistung verpflichtet seien, vrgl. oben §. 28, Note 7.

6) In der Ueberschrift von Art. 150 der P. G. O.

7) S. oben §. 45.

8) In den neuen Gesetzbüchern wird deßwegen in der Regel das Recht, Andere gegen ungerechte Angriffe bis zur Verletzung des Angreifenden zu vertheidigen, mit dem Rechte, sich selbst dagegen zu vertheidigen, zusammengestellt und an die Bedingungen der Nothwehr gebunden. Preuss. L.R. Theil II. Tit. 20. §. 517 ff. Oestreich. G.B. §. 127. Bayersch. G.B. Art. 125 u. 126. Sächs. G.B. Art. 70. Würtemb. G.B. Art. 104. Hannov. G.B. Art. 80. Braunschw. G.B. §. 166. Großh. Hess. G.B. Art. 50.

sich drei Bedingungen, von welchen das Recht abhängig ist, zur Vertheidigung eines Anderen Jemanden zu verletzen.

Erstens: der Angriff muß ein gegenwärtiger sein in demselben Sinne, in welchem das bei der Nothwehr erforderlich ist [9]).

Zweitens: der Angriff muß ein solcher sein, daß diese Verletzung das einzige Mittel war, den Angegriffenen unverletzt zu erhalten oder vor größerer Verletzung zu bewahren. Wie daraus für die eigentliche Nothwehr der Grundsatz folgt, daß sie nicht gegen Angriffe gebraucht werden kann, die lediglich auf die Ehre oder auf Vermögensrechte gerichtet sind, so darf man auch nur gegen solche Angriffe, die Leib oder Leben des Angegriffenen bedrohen, die Vertheidigung desselben bis zur Verletzung des Angreifenden treiben. Nach dem bloßen Wortinhalte des Gesetzes scheint es zwar uneingeschränkt gestattet zu sein, zur Rettung von eines Anderen Gut Jemanden zu erschlagen: aber diese Befugniß muß aus dem angegebenen Grunde auf den Fall beschränkt werden, da mit dem Angriffe auf das Gut zugleich ein Angriff auf die Person verbunden war [10]).

Drittens: der Angriff muß von Seiten des Angreifenden ein ungerechter und von Seiten des Angegriffenen ein unverschuldeter sein [11]). Gegen Angriffe, die von der öffentlichen Gewalt ausgehen, kann es der Regel nach nicht gestattet sein, den Angegriffenen zu vertheidigen, weil es dabei gar nicht auf eine demselben zuzufügende Rechtsverletzung abgesehen ist. Ebenso kann die Vertheidigung nicht Statt fin-

9) S. oben S. 293.

10) Gewöhnlich macht man die umgekehrte Folgerung, daß es gestattet sein müsse, zum Schutze des eigenen Gutes Nothwehr zu gebrauchen, weil es in Art. 150 der P. G. O. gestattet sei, zur Rettung von eines Anderen Gut Jemanden zu verletzen. Vrgl. dagegen oben §. 45, Note 10.

11) S. oben S. 300.

den gegen Denjenigen, der von dem Anderen zur Nothwehr genöthigt worden war, weil diese Vertheidigung Nichts Anderes sein würde als eine Theilnahme an dem Angriffe Dessen, gegen welchen die Nothwehr begründet war. Dem Principe nach muß selbst in dem Falle, da der Angriff von Seiten des Angreifenden zwar ungerecht, aber von Seiten des Angegriffenen nicht unverschuldet war, behauptet werden, daß man nicht das Recht habe, zu dessen Vertheidigung dem Angreifenden Verletzungen zuzufügen. Denn wie in diesem Falle der Angegriffene selbst sich für die völlige Strafloſigkeit der zu seiner Vertheidigung zugefügten Verletzungen nicht auf Nothwehr würde berufen können, so kann auch das Recht, solche Verletzungen zuzufügen, einem Dritten nicht zustehen. Es folgt daraus nicht, daß es in solchen Fällen schlechterdings verboten wäre, dem Angegriffenen zu Hülfe zu kommen: aber an sich darf sich die Hülfe nicht bis zur Verletzung des Angreifenden erstrecken. Dabei versteht sich von selbst, daß der Helfende durch Widerstand des Angreifenden in die Lage kommen kann, zu seiner eigenen Vertheidigung Nothwehr gebrauchen zu müssen.

c) Handlungen, die unternommen werden, um einen Dritten aus einem Nothstande, der auf andere Weise nicht gehoben werden konnte, zu erretten. Die Handlungen, welche hier in Frage kommen, sind nicht Verletzungen, welche Demjenigen zugefügt werden, von dessen ungerechtem Angriffe die Gefahr herrührt, sondern entweder Verletzungen dritter unschuldiger Personen, oder unerlaubte Handlungen anderer Art, welche nach den Umständen des Falles geeignet erscheinen, aus dem Nothstande zu erretten. Der Nothstand eines Anderen ist daher für Denjenigen, der ihn daraus erretten will, ein Collisionsfall zwischen der Erhaltung von dessen Leib oder Leben und der Verletzung eines Dritten oder einer sonstigen verbotenen Handlung.

Wenn von zwei Menschen, deren Keiner durch einen ungerechten Angriff den Collisionsfall selbst herbeigeführt hat, der Eine nur durch die Vernichtung des Anderen erhalten werden kann, darf Niemand, ohne einen besonderen Grund dazu zu haben, dem Schicksal vorgreifen und den Einen, der ebenso gut zur Erhaltung berechtigt ist, dem Anderen zum Opfer bringen [12]). Einen solchen besonderen Grund erkennen aber die Gesetze darin an, daß der Eine von Beiden in einem rechtlich nahen Verhältnisse zu Demjenigen steht, zu dessen Erhaltung er die verletzende Handlung vornimmt [13]). Das gemeine Recht berührt in dieser Beziehung nur einen Fall des Nothstandes, die Hungersnoth nämlich, indem es zur Erhaltung von Weib und Kind zu stehlen gestattet. Es hat aber kein Bedenken, in dieser Bestimmung nur die Anwendung eines allgemeineren Princips zu finden und anzunehmen, daß es auch gestattet sei, zur Errettung von Weib und Kind unerlaubte Handlungen jeglicher Art, namentlich auch Verletzungen eines Anderen an Leib oder Leben vorzunehmen. Die neueren Gesetzbücher haben auch dieses Princip als ein allgemeines angenommen und hinsichtlich der Personen, zu deren Erhaltung unerlaubte Handlungen vorgenommen werden dürfen, noch dahin erweitert, daß sie es nicht bloß auf Weib und Kind beschränken, sondern auch auf Ascendenten und Descendenten, Geschwister, in gleichem Grade Verschwägerte, Adoptiveltern und Adoptivkinder, Pflegeeltern und Pflegekinder und auf Verlobte, oder auf die Angehörigen im All-

12) Hiervon wohl zu unterscheiden ist der Fall, da von Zweien nur Einer gerettet werden kann, ohne daß die rettende Handlung in positiver Weise gegen den Anderen gerichtet ist, z. B. wenn zwei Menschen in gleicher Gefahr des Ertrinkens sind und nur Einer aus dem Wasser gezogen werden kann. Hier wird der Andere dem Herausgezogenen gar nicht zum Opfer gebracht, sondern nur seinem Schicksale überlassen.

13) P. G. O. Art. 166 und Art. 175.

gemeinen erstrecken [14]). Wenn die Handlung, durch welche Jemand aus einem Nothstande errettet werden kann, nur gegen die Vermögensrechte anderer Personen gerichtet ist, gehen die neuen Gesetzbücher mitunter soweit, sie zu Gunsten fremder, dem Handelnden rechtlich nicht nahe stehender Personen zu gestatten [15]).

Der Nothstand für eines Anderen Leib oder Leben kann auch durch Drohungen herbeigeführt werden. Wenn deren Vollziehung davon abhängig gemacht wird, ob man sich zu der zugemutheten verbotenen Handlung versteht oder nicht, erscheint die Begehung dieser Handlung als ein Mittel, den Nothstand von dem Anderen abzuwenden. Dieser Fall steht unter den nämlichen Grundsätzen, nach welchen es überhaupt gestattet ist, zur Rettung eines Anderen aus einem Nothstande unerlaubte Handlungen zu begehen. In den neuen Gesetzbüchern wird der Fall des durch Drohungen herbeigeführ-

---

14) Das Sächsische G.B. Art. 72 spricht von Angehörigen im Allgemeinen, ohne sich auf die Bestimmung einzulassen, wer dazu gerechnet werden solle; das Braunschw. G.B. §. 34 und 73 versteht unter Angehörigen die im Texte genannten Personen; namentlich aufgeführt sind dieselben im Großh. Hess. G.B. Art. 45 und 39; ebenso im Würtemb. G.B. Art. 106, welches jedoch der Verschwägerten und der Adoptiv- und Pflege-Eltern und Kinder keine Erwähnung thut. Im Hannov. G.B. Art. 84 ist es überhaupt gar nicht anerkannt, daß man das Recht habe, zur Rettung eines Anderen aus einem Nothstande eine unerlaubte Handlung zu begehen.

15) Großh. Hessisch. G.B. Art. 45. Selbst für das gemeine Recht nehmen manche Criminalisten an, daß man unbeschränkt zu Gunsten im Nothstande befindlicher dritter Personen wegen der allgemeinen Menschenliebe befugt sei, sonst verbotene Handlungen vorzunehmen. Schultz, de delictis pro amico, Gedan. 1689. Boehmer, med. in C. C. C. ad Art. 166. §. 3. Tittmann, Handbuch, §. 98. Allein es ist das den Gesetzen nicht entsprechend, indem von Art. 150 der P. G. O., wo ein ungerechter Angriff vorausgesetzt wird, keine Analogie genommen werden kann.

ten Nothstandes in der Regel besonders hervorgehoben [16]). In dem Sächsischen Gesetzbuche wird für diesen Fall, je nachdem man den betreffenden Artikel verschieden auslegt, das Recht, zur Rettung des Bedroheten unerlaubte Handlungen zu begehen, in weiterem oder engerem Umfange, als in den übrigen Fällen des Nothstandes gegeben [17]).

§. 50.

6) Andere angebliche Fälle.

Nach heutigem Rechte giebt es außer den in den letzten fünf §§. angegebenen keine weiteren Fälle, in welchen es erlaubt wäre, eine außerdem verbotene Handlung zu begehen. Einzelne Fälle, die noch in den gemeinrechtlichen Gesetzen anerkannt sind, haben weder im Gerichtsgebrauche noch in den neuen Gesetzbüchern Anerkennung gefunden; andere Fälle, die von einzelnen Rechtslehrern aufgestellt sind, ergeben sich

---

16) Würtemb. G.B. Art. 101. Braunschw. G.B. §. 33. Großh. Hessisch. G.B. Art. 139.

17) Sächs. G.B. Art. 69. Die Worte des Gesetzes enthalten überhaupt Nichts von Drohungen gegen Angehörige oder dritte Personen, so daß darnach dieses Recht in diesem Falle in engerem Umfange zusteht, als in den übrigen Art. 72 berührten Nothfällen. Allein nach der Erklärung der Regierungscommissarien, womit auch die Kammern einverstanden waren, ist die Meinung gewesen, daß zu den Drohungen in Art. 69 auch Drohungen gegen Verwandte und nicht Verwandte gerechnet werden sollen. Vrgl. Günther, die neuen Criminalgesetze für das Königreich Sachsen, S. 51. Es giebt aber keinen ausreichenden Grund dafür, aus welchem das fragliche Recht im Falle des Art. 69 in weiterem Umfange zustehen sollte als in den Fällen des Art. 72. Das Weimarsche G.B. hat den Art. 69 unverändert angenommen. Das Altenburgische G.B. hat die Erklärung der Sächsischen Regierungscommissarien angenommen, und die Worte „oder einer dritten Person" eingeschaltet. Am Richtigsten hat das Meiningsche G.B. den Fall des Art. 69 mit den Fällen des Art. 72 gleichgestellt und darnach in Art. 69 eingeschaltet: „oder seiner Angehörigen."

ohne Weiteres als unbegründet. Daher bedürfen diese Fälle nur einer kurzen Erwähnung.

a) Nach römischem Rechte steht dem hintergangenen Ehemanne die Befugniß zu, den auf der That ergriffenen Ehebrecher zu tödten, wenn derselbe zu den Personen geringeren Standes gehörte; dieselbe Befugniß, jedoch ohne Beschränkung auf viliores personae, hat der Vater, der seine Tochter im Ehebruche betrifft, unter der Bedingung, daß er dieselbe zugleich mit tödtet [1]). Bei dem Ehemanne beruhte die Tödtungsbefugniß auf einer gesetzlichen Anerkennung der Privatrache, die ihm nicht abgeschnitten werden zu können schien, ohne ihm in seinen verletzten Gefühlen zu nahe zu treten. Bei dem Vater war sie ein Ausfluß des imperium domesticum, vermöge dessen er die schuldige Tochter und folgeweise auch den Genossen ihrer Schuld bestrafen konnte. In der Carolina wird die von dem Ehemanne und dem Vater vollzogene Tödtung des betretenen Ehebrechers unter den Tödtungen aufgeführt, die entschuldigt werden, wenn ordentlicher Weise dabei gehandelt worden sei [2]). Wenn man aber auch nicht annehmen will, daß diese Bestimmung nur aus einem Versehen in die Carolina hineingekommen ist [3]), so kann doch in derselben nicht sowohl die Anerkennung einer förm-

1) L. 20—24. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) Vrgl. hierüber überhaupt Abegg, Untersuchungen, S. 154 ff. und Köstlin, die Lehre vom Mord und Todtschlag, S. 166 ff.

2) Art. 150, auch Art. 142.

3) Das ist nicht unwahrscheinlich, weil in Art. 150 auf Art. 120 verwiesen ist, in welchem aber eine solche Bestimmung gar nicht steht. Dagegen steht sie in der Bambergischen H. G. O. Art. 145, welcher Artikel dem Art. 120 der Carolina entspricht. Da die Auslassung in diesem Artikel schwerlich eine zufällige ist, so ließe sich der Art. 150 einfach damit erklären, daß man bei diesem Artikel den Art. 175 der Bambergischen H. G. O. copirte, ohne sich zu erinnern, daß er nicht mehr zu Art. 120 der Carolina paßte. Vrgl. indessen Abegg a. a. O. S. 350 ff.

lichen Tödtungsbefugniß, wie im römischen Rechte, als vielmehr nur eine Berücksichtigung des gerechten Zornes gefunden werden, der sich des Mannes oder Vaters bemächtigen kann [4]).

b) Die Tödtung eines bei nächtlicher Weile auf gefährliche Weise im Hause Betroffenen wird in der Carolina ebenfalls zu den Tödtungen gerechnet, die entschuldigt werden, wenn ordentlicher Weise dabei gehandelt worden sei [5]). Es liegt darin nicht die Anerkennung eines besonderen Rechtes, Jemanden zu tödten [6]), sondern es fällt diese Bestimmung durchaus unter den Gesichtspunct der Nothwehr [7]), wie auch das römische Recht die Tödtung des nächtlichen Diebes nur unter der Voraussetzung für straflos erklärt, daß derselbe nicht ohne Gefahr geschont werden konnte [8]).

c) Unter den Fällen, in welchen es erlaubt sein soll, eine außerdem verbotene Handlung zu begehen, wird häufig noch die Rechtlosigkeit des Verletzten aufgeführt, welche die Möglichkeit entweder jedes gegen denselben zu begehenden

---

4) Es ergiebt sich das vorzüglich aus Art. 145 der Bambergischen H. G. O., wo von dem hitzigen Gemüth und billigen Schmerz des Ehemannes die Rede ist. Dagegen behauptet Feuerbach, §. 383, Note d, daß die Carolina absichtlich von der Bambergensis abweiche, um das römische Recht wieder herzustellen. Allein die Abweichung, die ich auch für absichtlich halte, besteht nur darin, daß in die Carolina Art. 120 die Bestimmung des Art. 145 der Bamberg. H. G. O. nicht aufgenommen ist, während sonst Art. 142 und Art. 167, sowie Art. 150 und Art. 175 in beiden Gesetzbüchern ganz gleich lauten.

5) Art. 150.

6) Wie von Feuerbach §. 322 in den früheren Ausgaben behauptet, aber in den späteren zurückgenommen wurde.

7) Vrgl. Abegg a. a. O. S. 364.

8) L. 9. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) Nach älterem römischen Rechte war es allerdings erlaubt, den nächtlichen Dieb auch außerhalb der Nothwehr zu tödten; Abegg a. a. O. S. 141 ff.

Verbrechens, oder wenigstens einzelner bestimmter Verbrechen ausschließe, je nachdem sie in einer Aufhebung sämmtlicher Rechte bestehe, oder sich nur auf einzelne bestimmte Rechte beziehe [9]). Eine gänzliche Rechtlosigkeit und Vogelfreiheit kommt im heutigen Rechte nicht mehr vor, obgleich das ältere Recht allerdings Beispiele derselben bietet [10]). Nicht ein Mal in Ansehung feindlicher Soldaten kann in der Art Rechtlosigkeit angenommen werden, daß sich Jedermann an den Rechten derselben ungestraft vergreifen könnte [11]). Ebenso wenig giebt es eine Rechtlosigkeit hinsichtlich einzelner bestimmter Rechte mit der Wirkung, daß keine Verbrechen gegegen dieselben begangen werden könnten [12]).

---

9) Wächter, §. 57. Feuerbach, §. 34 und §. 40. Martin, §. 42. Heffter, §. 37.

10) Namentlich Erklärung in die Acht, Bamberg. H. G. O. Art. 241, wobei die Bamberg. H. G. O. Art. 175 die Tödtung des Ächters noch unter den straflosen Tödtungen aufführt, während in dem entsprechenden Art. 150 der Carolina dieser Fall bereits hinweggelassen ist; nach den Reichsgesetzen sind auch die Zigeuner völlig rechtlos und vogelfrei, R. P. O. von 1577, Tit. 28. R. A. von 1589, Tit. 22; ebenso die Deserteure und Feldflüchtigen, Reuterbestallung von 1570, Art. 63. Vrgl. über diese Fälle Abegg a. a. O. S. 362, 369 und 371; auch meine Abhandlungen, II. S. 468 f.

11) Die Frage ist nicht unbestritten, obgleich bei Weitem die Mehrzahl der neueren Criminalisten die im Texte aufgestellte Ansicht anerkennt. Für die entgegengesetzte Ansicht beruft man sich vorzüglich darauf, daß der Krieg eine völlige Aufhebung des Rechtszustandes mit sich bringe. Vrgl. Henke, Handbuch I. S. 236. Das ist aber entschieden nicht der Fall, da auch der Krieg unter bestimmten völkerrechtlichen Regeln steht. Der Grund, aus welchem Verletzungen, die dem Feinde angethan werden, straflos sind, liegt nur darin, daß sie auf verbindlichen Befehl zugefügt werden, der dem Einzelnen, der nicht Soldat ist, nicht gegeben wird. Vrgl. meine Abhandl. a. a. O. S. 469, und Hepp, Theorie der Zurechnung, S. 70 ff.

12) Daß an einem zum Tode Verurtheilten kein Verbrechen der Tödtung begangen werde, sondern daß damit nur eine Polizeiübertretung

Zweites Capitel.

Aeußere Beschaffenheit der Handlung, durch welche die verbrecherische Willensbestimmung dargelegt wird.

§. 51.

Begriff und Bedeutung der äußeren Handlung im Allgemeinen.

Eine äußere Handlung ist die Thätigkeit des Menschen, durch welche sich derselbe in ein bestimmtes Verhältniß zu der ihn umgebenden Außenwelt setzt, oder durch welche er eine bestimmte Einwirkung auf dieselbe hervorbringt. Der Gegensatz der äußeren Handlung ist die innere Handlung oder der Wille, der jener zu Grunde gelegen. Beide zusammen bilden die Handlung, die überhaupt rechtlich von Bedeutung werden kann [1]). Der Wille, der noch nicht zur äußeren

---

oder eine Verletzung der Justizadministration verübt werde, behaupten Feuerbach, §. 34 und Grolman, §. 259, Note a. Man könnte dagegen c. 13. 14. Caus. XXIII. qu. 5 anführen, wenn nicht die Unrichtigkeit dieser Ansicht auf der Hand läge. Häufiger findet man die Behauptung, daß an einem für ehrlos Erklärten kein Verbrechen der Ehrverletzung begangen werden könne. Feuerbach, §. 277, Martin, §. 163, Heffter, §. 303. Allein diese Behauptung beruht auf einer irrigen Ansicht über das Wesen der Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung, welche den Betroffenen nur einzelner bestimmter Ehrenrechte entkleidet, keineswegs aber den Injurien der übrigen Menschen preis giebt. Vrgl. meine Abhandlungen a. a. O. S. 471.

1) Gegen den Ausdruck „äußere und innere Handlungen" erklärt sich Abegg, §. 78, weil beide nicht verschiedene Arten der Handlung, sondern vielmehr die beiden wesentlichen Bestandtheile derselben seien, ohne welche eine Handlung gar nicht vorhanden sein könne. Für Handlungen, die rechtlich in Betracht kommen sollen, ist das allerdings richtig, während im Gebiete der Moral auch der bloße Gedanke eine Handlung, und zwar eine innere, genannt werden kann. Daß man im Rechte die beiden Bestandtheile der Handlung äußere und innere Handlung nennt, rechtfertigt sich auch aus dem allgemein angenommenen Sprachgebrauche, nach

Handlung geworden, ist keine Handlung im rechtlichen Sinne, die Gegenstand rechtlicher Beurtheilung werden könnte [2]). Ebenso wenig ist es eine Handlung im rechtlichen Sinne, wenn es in keiner Weise auf den Willen eines Menschen zurückgeführt werden kann, daß eine Einwirkung auf die Aussenwelt hervorgebracht wurde [3]). Wie die Handlung nur in der Vereinigung ihres inneren und ihres äußeren Theiles besteht, so tragen auch beide dazu bei, ihren rechtlichen Charakter zu bestimmen. Nach dem Willen, mit welchem sie verübt sind, bestimmt sich ihre Eigenschaft als verbotene oder erlaubte, da einem Verbote nicht anders zuwider gehandelt wird, als mit dem Willen, die in ihm gemeinte Handlung zu begehen [4]). Nach der äußerlichen Handlung bestimmt sich die rechtliche Eigenschaft, welche die Handlung durch den in

---

welchem man zwischen subjectivem und objectivem Thatbestande unterscheidet, welche beide ebenfalls nicht verschiedene Arten des Thatbestandes, sondern nur die beiden wesentlichen Bestandtheile desselben sind.

2) S. oben §. 31.

3) Die Einwirkung ist vielmehr alsdann ein Zufall, für welchen Niemand verantwortlich ist. L. 30. §. 3. L. 31. L. 52. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) P.G.O. Art. 146. Das gilt sowohl für die privatrechtliche als für die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Nur geht die Verantwortlichkeit im Privatrechte weiter als im Strafrechte, indem man dort für alle Erfolge haftet, die ein bedachtsamer Mensch hätte vorhersehen können, und hier die Verantwortlichkeit auf die Erfolge beschränkt ist, die man wirklich als möglich vorhergesehen hat; vgl. darüber oben §. 38, Note 6. Bei Erfolgen, die man hätte vorhersehen können, ohne sie wirklich vorhergesehen zu haben, läßt sich insofern nicht sagen, daß sie in dem Willen gelegen haben, als man nur wollen kann, was man wenigstens als möglich wirklich voraussieht, und darum ist dabei kein strafbarer Wille oder keine Criminalculpa vorhanden: dagegen können sie privatrechtlich in sofern auf den Willen zurückgeführt werden, als man mit Willen die Handlung unternimmt, deren Folgen man bei gehöriger Ueberlegung hätte vorhersehen können.

4) S. oben §. 31.

der Wirklichkeit hervorgebrachten Erfolg erhält. Denn wie ein Erfolg nur durch eine äußere Handlung dieser oder jener Art hervorgebracht werden kann, in deren Folge er nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges eintreten muß, so muß die äußere Handlung je nach der Verschiedenheit des durch sie hervorgebrachten Erfolges verschiedene rechtliche Bedeutung haben, so weit es in dem positiven Rechte als folgenreich anerkannt ist, welcher Erfolg in der objectiven Wirklichkeit hervorgebracht worden sei. Im Strafrechte, dem die verbotenen Handlungen anheimfallen, kommt es vorzugsweise auf den Willen an, welcher der äußeren Handlung zu Grunde gelegen, indem nur nach diesem Willen bestimmt werden kann, welches Verbrechen mit derselben begangen worden [5]). Im Privatrechte, wo es sich um Verbindlichkeiten des Einzelnen gegen den Einzelnen handelt, ist die äußere Handlung oder die Einwirkung, welche durch dieselbe auf das Rechtsgebiet eines Anderen ausgeübt wird, die Hauptsache. Im Strafrechte ist die äußere Handlung, auch wenn sie die gewollte Einwirkung auf die Außenwelt nicht gehabt hat, noch von Bedeutung, so wie nur der Wille aus ihr hervorgeht [6]); im Privatrechte hat eine Handlung nur insofern Bedeutung, als sie eine bestimmte Einwirkung auf die Außenwelt gehabt hat.

§. 52.

Erforderniß der äußeren Handlung im Allgemeinen.

In dem Begriffe der äußeren Handlung ist als wesentliches Erforderniß die Selbstbestimmung enthalten, daß sich der Mensch durch seine eigene Thätigkeit in ein Verhältniß zur Außenwelt setzt und nicht durch andere, von seiner Thätigkeit unabhängige Ursachen, welche man durch den Aus-

5) S. oben §. 31, Note 4.

6) P. G. O. Art. 178.

druck vis absoluta bezeichnet, in dasselbe gesetzt wird. Es kann sowohl durch die Gewalt anderer Menschen, als durch andere Umstände geschehen, daß Jemandes Körper dazu mitwirken muß, einen gewissen Erfolg hervorzubringen [1]). In diesem Falle kann von einer Handlung keine Rede sein, da der jener Gewalt unterliegende Körper nur mechanisch wirkt und derselben zum bloßen Werkzeuge dient [2]). Was in Folge

---

1) Beispiele in L. 11. pr. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) und P. G. O. Art. 146, wer auf einen Anderen fällt, oder aus Schwäche eine Last fallen läßt und denselben beschädigt. Bei Unterlassungsverbrechen (s. darüber oben §. 28) besteht die absolute Gewalt in solchen Umständen, welche das gebotene Thun unmöglich machen. Vgl. im Allgemeinen Feuerbach, §. 89. Heffter, §. 57, Note 5. Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, S. 53 und 58, unterscheidet zwischen vis major und zwischen vis absoluta, und gebraucht jenen Ausdruck, wenn der Leib des Menschen durch Naturkräfte, diesen, wenn er durch die Gewalt anderer Menschen bestimmt wird. Indessen ist zwischen beiden kein rechtlicher, sondern nur ein factischer Unterschied. Vgl. Köstlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, §. 88. — Die Naturkräfte, denen der Mensch unterliegen kann, lassen sich mit Berner, a. a. O. allerdings in mechanische, physikalische und organische unterscheiden. Zu den letzteren gehören die innerhalb seines Organismus liegenden Kräfte, welche die Selbstbestimmung seiner Thätigkeit aufheben. Die Zustände, in welchen sich solche Kräfte geltend machen, wie Hundswuth, böses Wesen, Krämpfe u. s. w. werden indessen meistens zugleich Zustände der Bewußtlosigkeit sein und unter den Gesichtspunct des §. 43 fallen.

2) Der vis absoluta, die in den Gesetzbüchern meistens unwiderstehliche körperliche Gewalt genannt wird, pflegt die vis compulsiva, welche durch Drohungen ausgeübt wird, an die Seite gestellt zu werden; vgl. die in der folgenden Note citirten Gesetzbücher. Der Grund, aus welchem bei Compulsivgewalt das Dasein des Verbrechens ausgeschlossen ist, ist aber ein ganz anderer. Wer absoluter Gewalt unterliegt, begeht gar keine Handlung, während zwar handelt, wer dem Einflusse einer Drohung nachgiebt, aber kein Verbrechen begeht, wenn er durch die Drohung in einen Nothstand versetzt war. Daher mußte von der Compulsivgewalt an einer anderen Stelle die Rede sein. S. oben §. 46, Note 9.

solcher absoluter Gewalt hervorgebracht worden, kann Demjenigen nicht zugerechnet werden, der derselben unterlegen. Der Grund davon liegt nicht darin, daß durch die absolute Gewalt die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben würde, sondern nur darin, daß es im Falle derselben an einer Handlung und mithin an einem Gegenstande für die Zurechnung mangelt [3]). Daß Jemand solcher absoluten Gewalt unterlegen, kann nur unter der Voraussetzung angenommen werden, daß er sich der Wirksamkeit derselben nicht durch seine eigene Thätigkeit ausgesetzt hat [4]). Außerdem gehört die absolute Gewalt und

---

3) Gewöhnlich wird die absolute Gewalt in den Lehrbüchern und Gesetzbüchern unter den Gründen der Zurechnungsunfähigkeit aufgeführt. Feuerbach, §. 89. Martin, §. 37. Wächter, §. 68. Heffter, §. 57. Oestreich. G.B. über Verbr. §. 2, e. Bayersch. G.B. Art. 121. Sächs. G.B. Art. 69. Würtemb. G.B. Art. 101. Hannov. G.B. Art. 84. Großh. Hess. G.B. Art. 39. Braunschweig. G.B. §. 33. Gegen diese Stellung gelten die nämlichen Gründe, die oben §. 41, Note 2 dagegen angeführt sind, daß man die Gründe, aus welchen die verbrecherische Willensbestimmung ausgeschlossen wird, mit den Gründen der Zurechnungsunfähigkeit zusammen wirft. Neuerdings stimmen Berner, a. a. O. S. 51 und Köstlin, a. a. O. S. 181 u. 182 darin mit mir überein, das die vis absoluta keine Zurechnungsunfähigkeit begründe.

4) Beispiele in L. 7. §. 2. L. 8. §. 1. L. 11. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) P. G. O. Art. 146. Feuerbach, §. 89, drückt das hier Gemeinte so aus, daß der Zustand, in welchem die That bloß mittelst der mechanisch bestimmten Körperkräfte geschehen war, ein unverschuldeter gewesen sein müsse. Daran zeigt sich, wie unrichtig es ist, die absolute Gewalt als Grund der Zurechnungsunfähigkeit aufzufassen. Denn man würde darnach Jemanden für Das bestrafen, was er im Zustande verschuldeter Zurechnungsunfähigkeit angerichtet, während es doch auf der anderen Seite fest steht, daß der Zurechnungsunfähige unter keiner Bedingung bestraft werden kann. Vgl. auch oben §. 43, Note 6. Köstlin, a. a. O. S. 182, will, um Feuerbach gegen diese Einwendung zu vertheidigen, zwischen absoluter und relativer Zurechnungsunfähigkeit unterscheiden, je nachdem dieselbe von der Schuld des Subjects abhänge, oder nicht. Aber die verschuldete relative Zurechnungsunfähigkeit ist doch

ihre Wirksamkeit mit zu der Handlung, durch welche er sich in die Lage versetzte, derselben unterliegen zu müssen. Denn wie der Handelnde eine Einwirkung auf die Außenwelt nur dadurch hervorbringen kann, daß er durch seine Thätigkeit andere, außerhalb seiner liegende Kräfte in solche Wirksamkeit setzt, daß die Einwirkung nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges daraus hervorgehen muß, und wie die Wirksamkeit dieser Kräfte eben darum mit zur menschlichen Handlung gerechnet werden muß, so gilt dieses auch von der Wirksamkeit absoluter Gewalt, wenn sich der Mensch durch seine eigene Thätigkeit derselben ausgesetzt hat [5]).

§. 53.

Verschiedene Formen der äußeren Handlung im Allgemeinen.

Physische und intellectuelle Handlungen. Begehungen und Unterlassungen.

Nach dem angegebenen Begriffe hat die äußere Handlung zwei Momente, nämlich die menschliche Thätigkeit und die außerhalb des Handelnden liegenden Kräfte, mit welchen er sich in Verbindung setzt [1]). Diese beiden Momente können in verschiedenen Modificationen vorkommen, nach welchen verschiedene Formen der äußeren Handlung unterschieden werden können. Auf der Verschiedenheit der Kräfte, mit welchen sich der Handelnde durch seine Thätigkeit in Verbindung setzt, beruhet die Eintheilung der Handlungen in physische und in

---

auch Zurechnungsunfähigkeit. Köstlin sagt, wenn sich im concreten Falle zeige, daß die Zurechnungsunfähigkeit keine absolute sei, so sei damit bewiesen, daß das Subject zurechnungsfähig sei. Richtig ist allerdings, daß in Ermangelung von Zurechnungsunfähigkeit Zurechnungsfähigkeit anzunehmen ist. Allein daß gilt von jeder Zurechnungsunfähigkeit, sowohl von der absoluten, als von der relativen,

5) Vgl. darüber meine Abhandlungen, II. S. 213 ff.

1) Vgl. meine Abhandlungen, II. S. 214—216.

intellectuelle. Man nennt eine Handlung eine physische, wenn es die physischen Naturkräfte sind, die er durch seine Thätigkeit in Wirksamkeit setzt [2]); dagegen eine intellectuelle, wenn sich seine Thätigkeit darauf beschränkt, mit der Thätigkeit anderer Menschen, damit durch diese die Einwirkung hervorgebracht werde, in Verbindung zu treten [3]). Eine Handlung kann auch zum Theil eine physische, zum Theil eine intellectuelle sein, wenn der Handelnde seine physischen Handlungen mit den physischen Handlungen anderer Menschen in Verbindung setzt [4]). Auf der Verschiedenheit der Thätigkeit, welche der Mensch anwendet, diese Kräfte in Wirksamkeit zu setzen oder mit denselben in Verbindung zu treten, beruhet die Eintheilung der Handlungen in Begehungen oder positive Handlungen und in Unterlassungen oder negative Handlungen. Man nennt es Begehungen, wenn die Thätigkeit von der Art ist, daß durch dieselbe die vorher ruhende Wirksamkeit dieser Kräfte erst veranlaßt wird; dagegen Unterlassungen, wenn der Handelnde die unabhängig von ihm entstandene Wirksamkeit derselben nicht hindert, ungeachtet für ihn Veranlassung dazu und Möglichkeit vorhanden war [5]). Da die angegebenen beiden Momente in jeder äußeren Handlung enthalten sind und da jedes derselben entweder in der einen oder in der anderen dieser Modificationen vorkommen

2) Z. B. bei Tödtung, wenn der Handelnde durch die Verwundung oder die Vergiftung die Krankheit hervorruft, welche den Tod verursacht; bei Brandstiftung, wenn er dem Feuer Veranlassung giebt, sich nach dem Gesetze seiner Natur weiter auszubreiten u. s. w.

3) Z. B. wenn der Handelnde einen Anderen veranlaßt, die Handlungen vorzunehmen, aus welchen Tödtung oder Brandstiftung hervorgehen muß.

4) Z. B. bei Ehebruch, wo jeder Theil zugleich physisch und intellectuell handelt.

5) Z. B. die Mutter, die unterläßt, ihrem Kinde die erforderlichen Nahrungsmittel zu reichen.

muß, so müssen sich auch die angegebenen beiden Eintheilungen zugleich auf jede äußere Handlung beziehen. Mit anderen Worten, jede physische und jede intellectuelle Handlung muß entweder eine Begehung oder eine Unterlassung sein, oder jede Begehung und jede Unterlassung kann nur entweder auf physische oder auf intellectuelle Weise begangen werden.

An und für sich ist der Unterschied, der zwischen diesen verschiedenen Formen menschlicher Handlungen Statt findet, nur factischer, nicht rechtlicher Natur; denn wie die rechtlichen Eigenschaften einer Handlung bestimmt werden Theils durch den Willen, der ihr zu Grunde gelegen, Theils durch die Einwirkung, welche durch sie auf die Außenwelt hervorgebracht wird [6]), so müssen auch physische und intellectuelle Handlungen, Begehungen und Unterlassungen rechtlich einander gleich stehen, wenn sie aus dem nämlichen Willen hervorgegangen sind und die nämliche Einwirkung auf die Außenwelt hervorgebracht haben.

§. 54.

Verschiedene Arten der verbrecherischen Handlung im Allgemeinen.

Urheberschaft und Theilnahme. Vollendung und Versuch.

Eine verbrecherische Handlung ist jede Handlung, die aus dem Willen, die verbotene Handlung hervorzubringen, hervorgegangen ist. Alle Handlungen, die aus dem nämlichen Willen hervorgegangen sind, gehören unter den Begriff des nämlichen Verbrechens [1]). Jede verbrecherische Handlung kann nur in der einen oder der anderen der verschiedenen Formen vorkommen, in welchen überhaupt jede menschliche Handlung in die Erscheinung treten muß [2]). Durch diese

6) S. oben §. 51.

1) S. oben §. 31.

2) S. oben §. 53.

Verschiedenheit der Form, in welcher die verbrecherische Handlung begangen werden kann, entstehen aber noch keine verschiedenen Arten derselben, die rechtlich von Bedeutung sein könnten. Denn es kann die nämliche Einwirkung auf die Außenwelt sowohl durch physische als durch intellectuelle Handlungen, sowohl durch Begehungen als durch Unterlassungen hervorgebracht werden, und es muß jede dieser Handlungsformen, wenn sie aus dem nämlichen Willen hervorgegangen ist und die nämliche Einwirkung auf die Außenwelt gehabt hat, die nämliche rechtliche Bedeutung haben.

Verschiedene Arten der aus dem nämlichen Willen hervorgegangenen Handlung mit rechtlicher Bedeutung der Verschiedenartigkeit können nur unterschieden werden nach der Verschiedenheit der Einwirkung, welche die Handlung auf die Außenwelt gehabt hat. Der Unterschied, der in dieser Beziehung Statt finden kann, besteht darin, daß die gewollte verbotene Einwirkung auf die Außenwelt durch die Handlung entweder wirklich hervorgebracht wird, oder daß sie nicht durch dieselbe hervorgebracht wird [3]). Nach diesem Unterschiede ist die verbrecherische Handlung Theils entweder Urheberschaft oder Theilnahme, Theils entweder Vollendung oder Versuch [4]). Urheberschaft ist es, wenn der Handelnde

3) Beide Arten können unter verschiedenen Modificationen vorkommen, die zwar auch von rechtlicher Bedeutung sein können, aber keine selbstständigen Arten begründen, sondern eben nur Modificationen der nämlichen Art sind. So kann z. B. bei der einen Brandstiftung mehr als bei der anderen abbrennen, während sich von beiden in gleicher Weise sagen läßt, daß die verbotene Einwirkung auf die Außenwelt vollständig hervorgebracht sei. Ebenso kann in dem einen Falle einer beabsichtigten, aber nicht hervorgebrachten Tödtung wenigstens eine bedeutende Verwundung und in einem anderen Falle gar kein Schaden zugefügt sein, während beide Fälle mit einander gemein haben, daß die gewollte Tödtung nicht hervorgebracht worden ist.

4) Ueber die nähere Begründung dieser Begriffe s. die folgenden §§.

selbst die verbrecherische Handlung vornimmt, welche nach seiner Vorstellung mit der verbotenen Einwirkung auf die Aussenwelt in Causalzusammenhange steht; Theilnahme, wenn er sich dazu der verbrecherischen Handlungen anderer Personen bedient. Es können auch Urheberschaft und Theilnahme in der Art zusammentreffen, daß der Handelnde in Beziehung auf das nämliche Verbrechen Urheber und Theilnehmer zu gleicher Zeit ist. Dieser Fall wird durch den Ausdruck Miturheberschaft bezeichnet.

Die Urheberschaft ist Urheberschaft entweder des Versuchs oder der Vollendung; dieses, wenn die gewollte Einwirkung auf die Aussenwelt wirklich soweit hervorgebracht worden ist, daß die in dem Strafgesetze gemeinten Merkmale derselben vollständig vorhanden sind; jenes, wenn die gewollte Einwirkung auf die Aussenwelt nicht soweit hervorgebracht worden ist. Der Theilnahme liegt der nämliche Wille zu Grunde, als der Urheberschaft, weil der Wille Desjenigen, der sich der verbrecherischen Thätigkeit eines Anderen bedienen will, ebenfalls auf nichts Anderes als auf die Hervorbringung des Verbrechens gerichtet ist; aber es läßt sich von der Theilnahme nicht sagen, daß durch sie die verbotene Einwirkung auf die Aussenwelt wirklich hervorgebracht werde, weil die hervorbringende Ursache derselben nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges nicht in ihr, sondern in der verbrecherischen Thätigkeit des Anderen liegt. Die Theilnahme ist ebenfalls entweder Theilnahme am Versuche, oder Theilnahme an der Vollendung, je nachdem dieser Andere die verbotene Einwirkung auf die Aussenwelt wirklich hervorgebracht hat, oder nicht. Im römischen Strafrechte, welches bei Bestimmung der Strafe der Regel nach den sogenannten subjectiven Gesichtspunct beobachtet und bloß den Willen berücksichtigt, mit welchem gehandelt worden, kann der Unterschied

zwiſchen Urheberſchaft und Theilnahme [5]) und zwiſchen Vollendung und Verſuch keine rechtliche Bedeutung haben [6]).

---

5) Das römiſche Recht hat kein allgemeines auf alle Verbrechen bezügliches Geſetz über die gleiche Strafbarkeit des Urhebers und des Theilnehmers: aber den meiſten Strafgeſetzen, die von den einzelnen Verbrechen handelten, war die Formel einverleibt: cujus ope consilio, cujusve dolo malo id factum fuerit, quive id fieri jusserit faciendumve curaverit; vgl. Sanio, observ. ad leg. Cornel. de sicariis, p. 95. §. 8. 9. J. de publ. judic. (IV. 18.) L. 3. §. 3. 4. D. de incendio (XLVII. 9.) L. 8. 9. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) L. 6. 7. D. de leg. Pomp. de parr. (XLVIII. 9.) L. 9. §. 1. D. ad leg. Corn. de fals. (XLVIII. 10.) L. 5. C. ad leg. Jul. majest. (IX. 8.) Bei einigen Verbrechen wird indeſſen zwiſchen Urhebern und Theilnehmern in der Beſtrafung ein Unterſchied gemacht. L. u. §. 2. C. de raptu virg. (IX. 13.) L. u. C. de Nili agger. (IX. 38.)

6) Die gleiche Strafbarkeit der Vollendung und des Verſuches iſt zwar im römiſchen Rechte nirgends in einem allgemeinen auf alle Verbrechen bezüglichen Geſetze ausgeſprochen. Die oft hierher gezogene L. 14. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) hat eine andere Bedeutung. Vgl. darüber Zachariä, die Lehre vom Verſuche der Verbrechen, Thl. I. §. 75, und meine Abhandlungen, I. S. 21 und oben §. 31, Note 4. Aber in den meiſten Strafgeſetzen, welche von den einzelnen Verbrechen handeln, wird in der Beſtrafung kein Unterſchied gemacht, ob der Handelnde den beabſichtigten Erfolg hervorgebracht habe oder nicht. Z. B. L. 1. pr. §. 1. L. 3. D. ad leg. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) L. 1. i. f. D. de leg. Pomp. de parr. (XLVIII. 9.) L. 3. pr. §. 5. D. ad leg. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.) L. 5. pr. C. ad leg. Jul. majest. (IX. 8.) In einzelnen Fällen trat indeſſen keine Strafe ein, wenn nicht ein beſtimmter Erfolg hervorgebracht war, z. B. L. 1. §. 1. D. Quod quisque juris. (II. 2.) L. 5. §. 2. D. ne quis eum. (II. 7.) L. 3. D. de his qui notant. (III. 2.) L. 15. §. 10. de injur. (XLVII. 10.) In anderen Fällen trat verſchiedene Strafe ein, je nachdem ein Erfolg hervorgebracht war, oder nicht, z. B. L. 1. §. 2. D. de extraord. crimin. (XLVII. 11.) Der techniſche Begriff des Verſuches im Gegenſatze der Vollendung, ſo daß von einem gewiſſen Momente an Vollendung des Verbrechens angenommen werden müßte, iſt dem römiſchen Rechte fremd. Daſſelbe beſchreibt vielmehr im Einzelnen die Handlungen, die beſtraft

Im germanischen Strafrechte dagegen, welches den sogenannten objectiven Gesichtspunct beobachtet und bei Bestimmung der Strafe auch den Erfolg berücksichtigt, der wirklich hervorgebracht worden, ist für Urheberschaft der Vollendung härtere Strafe als für Urheberschaft des Versuchs [7]) und für Theilnahme an den Handlungen des Urhebers vorgeschrieben [8]).

§. 55.

Erfordernisse der äußeren verbrecherischen Handlung.

Ob eine Handlung eine verbotene oder erlaubte sei und also ein Verbrechen bilde, oder nicht, bestimmt sich nach dem Willen, mit welchem sie verübt worden. Darnach bestimmt sich die äußere Beschaffenheit, welche eine Handlung an sich tragen muß, um für eine verbrecherische Handlung angesehen werden zu können. Diese Beschaffenheit muß von der Art sein, daß die Handlung aus der verbrecherischen Willensbestimmung hergeleitet werden kann.

---

werden sollen. Unter diesen Handlungen sind aber viele, die man als unvollendete Verbrechen auffassen kann, wenn man die Vollendung in die Erreichung eines bestimmten beabsichtigten Erfolgs setzt. Vgl. Zachariä, a. a. O. §. 77, und meine Abhandlungen a. a. O. S. 9 ff. und S. 257 ff.

7) Ueber den geschichtlichen Grund des objectiven Gesichtspunctes s. oben S. 71. Die geringere Strafbarkeit des Versuchs ist ausgesprochen in der P.G.O. Art. 178 und in allen neueren Gesetzbüchern. Preussisches L.R. II. Tit. 20, §. 39 ff. Oestreich. G.B. §. 40. Bayersch. G.B. Art. 60 ff. Sächs. G.B. Art. 26. Würtemb. G.B. Art. 62. Hannov. G.B. Art. 36 ff. Großh. Hess. G.B. Art. 68. Braunschw. G.B. §. 36.

8) Die geringere Strafbarkeit des Theilnehmers ist anerkannt in der P.G.O. Art. 177. Die neueren Gesetzbücher nehmen, wie auch die gemeinrechtliche Doctrin thut, verschiedene Arten und Grade der Theilnahme an und lassen gegen die Consequenz des objectiven Gesichtspunctes bei einigen die Strafe des Urhebers, bei anderen aber geringere Strafe eintreten. Vgl. darüber die folgenden §§.

Wie die verbrecherische Handlung entweder Urheberschaft oder Theilnahme ist, je nachdem der Handelnde durch seine eigene Handlung oder durch die verbrecherischen Handlungen anderer Personen das Verbrechen hervorbringen will, so muß auch darnach die äußere Beschaffenheit verschieden sein, an welcher die Handlung als verbrecherische erkannt werden kann.

Damit eine Handlung als Urheberschaft angesehen werden könne, muß sie so beschaffen sein, daß durch sie die verbotene Einwirkung auf die Außenwelt entweder wirklich hervorgebracht wurde oder hervorgebracht werden konnte [1]). Es folgt daraus nicht, daß jede Handlung von dieser äußeren Beschaffenheit aus verbrecherischer Willensbestimmung hervorgegangen sei: aber keines Falles kann eine Handlung, welche diese äußere Beschaffenheit nicht gehabt hat, als verbrecherische in Frage kommen [2]). Die Handlung, welche ihrer äußeren Beschaffenheit nach aus der verbrecherischen Willensbestimmung hergeleitet werden kann, ist nur unter der Voraussetzung eine wirklich verbrecherische, daß der Handelnde wirklich die Vorstellung von dem Causalzusammenhange zwischen ihr und der verbotenen Einwirkung auf die Außenwelt gehabt hatte. Ob das der Fall gewesen, ist eine factische Frage, die nur aus den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden kann. Durch diese Umstände wird nicht eine bloße Präsumtion, sondern ein wirklicher Beweis der ver-

---

1) Wenn sie hervorgebracht wurde, ist das Verbrechen vollendet, wenn sie hervorgebracht werden konnte, versucht. Ueber diese in der P. G. O. Art. 178 mit den Worten: „Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen" ausgedrückte Beschaffenheit der Versuchshandlungen vgl. unten §. 56.

2) Außerdem würde es Tendenzprocesse geben und jedwede menschliche Handlung einer Criminalverfolgung ausgesetzt werden können. Ueber das Römische Recht in dieser Beziehung vgl. meine Abhandlungen, I. S. 98 ff., über das einheimische Recht S. 462 ff.

brecherischen Willensbestimmung begründet, welche gar nicht auf andere Weise bewiesen werden kann [3]).

Damit eine Handlung als Theilnahme angesehen werden könne, muß sie so beschaffen sein, daß aus ihr der Wille erkannt werden kann, daß ein Anderer das Verbrechen begehe. Dieser Wille besteht in der Vorstellung, daß der Andere das Verbrechen in Folge der Handlung, welche als Theilnahmehandlung gelten soll, verüben werde [4]). Die Theilnahmehandlung muß daher von solcher äußeren Beschaffenheit sein, daß der Andere durch sie entweder zur Begehung des Verbrechens bewogen oder wenigstens darin unterstützt werden konnte [5]). Auch hier ist nicht jede Handlung von dieser äu-

3) Es gilt das sowohl von dem Beweise des dolus als von dem der culpa. Hinsichtlich des dolus im Besonderen s. L. 6. C. de dolo malo. (II. 21.) L. 1. §. 3. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) R. A. von 1594, §. 69. Das in Art. 22 der P. G. O. enthaltene Verbot der Verurtheilung auf Indicien bezieht sich nur auf den Beweis der Person des Thäters und des objectiven Thatbestandes, nicht aber auf den Beweis der verbrecherischen Willensbestimmung. Vgl. Abegg, Lehrbuch des Criminalprocesses, §. 138, und Müller, Lehrbuch des Criminalprocesses, §. 128. Die von älteren Criminalisten häufig aufgestellte Behauptung, daß bis zum Beweise des Gegentheils der dolus präsumirt werden müsse, wird jetzt wohl von Niemandem mehr vertheidigt. Nur darf man den Beweis des dolus aus Indicien nicht für eine Präsumtion desselben ansehen. Vgl. Wening im neuen Archiv des C. R. II. S. 194 ff., Borst, ebendaselbst S. 434 ff., Mittermaier Note II zu Feuerbach, §. 87, und Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I. S. 277 ff. Ebenso unrichtig als die Präsumtion des dolus ist aber das umgekehrte Extrem, welches Kleinschrod, systematische Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts, §. 25 und in neuester Zeit wieder Köstlin, neue Revision, §. 112 a, annehmen, daß der dolus immer nur durch Geständniß bewiesen werden könne. Nach dieser Ansicht würde es in jedem Falle von der Willkür des Verbrechers abhängen, ob er wegen dolosen Verbrechens bestraft werden könnte, oder nicht.

4) S. oben S. 238.

5) Ueber die Theilnahmehandlungen s. unten.

ßeren Beschaffenheit in Wirklichkeit verbrecherische Theilnahme, sondern nur unter der Voraussetzung, daß ihr die angegebene Vorstellung zu Grunde gelegen hatte. Ob das der Fall gewesen oder nicht, muß ebenfalls nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden.

§. 56.

Verschiedene Arten der verbrecherischen Handlung im Einzelnen.

I. Urheberschaft.

1) Begriff derselben.

Urheberschaft ist diejenige verbrecherische Handlung, die mit der gewollten verbotenen Einwirkung auf die Außenwelt in Causalzusammenhange steht [1]). Urheber des Verbrechens ist, wer eine solche Handlung vornimmt [2]). Der Unter-

---

1) Die Ausdrücke Urheberschaft und Urheber kommen in den gemeinrechtlichen Quellen nicht vor. Der Begriff pflegt ausgedrückt zu werden entweder durch das Verbum, welches die Hervorbringung dieses oder jenes Verbrechens bezeichnet, oder durch das Substantivum, mit welchem Derjenige benannt wird, der dasselbe hervorbringt. Z. B. L. 1. pr. L. 7. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) L. 1. pr. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) P.G.O. Art. 126 und 157. In dem Oestreich. G.B. §. 5 wird der Urheber durch den Ausdruck unmittelbarer Thäter bezeichnet. In dem Sächs. G.B. ist der Ausdruck Urheber vermieden, während für den Begriff die Ausdrücke „Thäter oder Verbrecher" und für den Fall, da Mehrere als Urheber des nämlichen Verbrechens angesehen werden müssen, „gleiche Theilnehmer" gebraucht werden. Vgl. Art. 26, 27 und 33. Auch das Braunschweig. G.B. §. 43 gebraucht für diesen Fall den Ausdruck „gleiche Theilnehmer." Die übrigen neuen Gesetzbücher pflegen sich des Ausdrucks Urheber zu bedienen, obgleich nicht genau in dem Sinne, in welchem er hier gebraucht worden ist. Vgl. darüber die folgende Note 2.

2) Unter diesen Begriff fällt zunächst, aber nicht ausschließlich, der Fall, da die verbrecherische Einwirkung auf die Außenwelt wirklich hervorgebracht worden ist. Begreiflicher Weise ist es dieser Fall, an welchen bei dem Verbote einer Handlung zunächst gedacht und für welchen

schied zwischen Urheberschaft und Nichturheberschaft liegt nur in der objectiven Beschaffenheit der Handlung, ob sie nämlich mit der Hervorbringung des Verbrechens in Causalzusammen-

---

die in dem Gesetze gedrohte Strafe bestimmt ist. Daraus erklärt sich, daß in dem Sprachgebrauche der Lehrbücher und der neueren Gesetzbücher der Ausdruck Urheber eines Theils enger, anderen Theils weiter als hier, gebraucht wird. Der engere Gebrauch besteht darin, daß man nur im Falle des vollendeten Verbrechens und der verwirkten vollen Strafe von Urheberschaft sprechen zu wollen scheint; so nennt Feuerbach §. 44 Urheber Diejenigen, in deren Handlung die hinreichende oder nothwendige Ursache des Verbrechens liege; Abegg, §. 73, Diejenigen, durch deren Handlung die Veränderung bewirkt werde, welche die Uebertretung des Strafgesetzes bilde; Marezoll, §. 33, Diejenigen, welche die volle von den Gesetzen angedrohte Strafe verwirkt haben. In ähnlicher Weise werden in den neuen Gesetzbüchern Urheber Diejenigen genannt, die das Verbrechen selbst begangen oder durch eigene körperliche Kraft und That verübt und die gesetzliche Strafe verwirkt haben. Bayersch. G.B. Art. 45. Würtemb. G.B. Art. 74. Hannov. G.B. Art. 53. Großh. Hess. G.B. Art. 71. Braunschweig. G.B. §. 41. Dabei scheint ebenfalls nur an den Fall des vollendeten Verbrechens gedacht zu sein. Aber wenn jede verbrecherische Handlung entweder Urheberschaft oder Theilnahme ist, so muß Urheberschaft auch in dem Falle vorhanden sein, wenn Jemand eine Handlung begeht, welche zwar, weil sie mit der gewollten Einwirkung auf die Außenwelt in Causalzusammenhange steht, dieselbe hervorbringen kann, aber nicht wirklich hervorbringt. Auf der anderen Seite wird der Ausdruck Urheber insofern weiter als hier gebraucht, als Urheber alle Diejenigen genannt werden, die nach Vorschrift der Gesetze mit der Strafe des Urhebers belegt werden, obgleich sie keine Handlung begangen haben, die mit der verbotenen Einwirkung auf die Außenwelt in Causalzusammenhange steht. Denn zu den Urhebern rechnet man auch den Anstifter, der in Anderen den Entschluß hervorruft, das Verbrechen hervorzubringen; vgl. Kleinschrod, systematische Entwickelung, I. §. 177; Feuerbach, §. 44; Abegg, §. 73; Marezoll, §. 33. Bayersch. G.B. Art. 45. Würtemb. G.B. Art. 74 u. 75. Hannov. G.B. Art. 53. Großh. Hess. G.B. Art. 71. Die Anstiftung steht aber mit dem Verbrechen, welches der Angestiftete hervorbringt, in gar keinem Causalzusammenhange, da die Ursache des Verbrechens immer nur in seinem ei-

hange steht oder nicht, während er gänzlich davon unabhängig ist, ob der Handelnde das Verbrechen in seinem eigenen Interesse begehen, oder ob er das von einem Anderen bezweckte Verbrechen hervorbringen wollte [3]).

Zur Erläuterung des angegebenen Begriffes der Urheber-

---

genen verbrecherischen Entschlusse liegt, der durch die Anstiftung nicht hervorgerufen zu werden brauchte. Manche Criminalisten, z. B. Mittermaier im neuen Archiv des C.R. III. S. 125 ff. und Stübel, über die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, S. 10, wollen den Ausdruck Urheber gerade von dem Falle der Anstiftung, den man gewöhnlich durch den Ausdruck mittelbare oder intellectuelle Urheberschaft bezeichnet, gebrauchen, während sie Den, der das Verbrechen durch seine eigene Thätigkeit hervorbringt, Thäter nennen wollen. Vgl. darüber meine Abhandlungen, II. S. 339.

3) Manche Criminalisten, z. B. Wächter, §. 88, Note 78, Henke, Handbuch, I. S. 525 ff. und Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, I. S. 419 ff., wollen den Begriff der Urheberschaft nach subjectiven Rücksichten bestimmen, je nachdem die Absicht des Handelnden auf das Verbrechen selbst unmittelbar gerichtet war oder je nachdem er nur das Verbrechen von einem Anderen unterstützen wollte, so daß er gar kein selbstständiges Interesse dabei hatte, daß das Verbrechen von dem Urheber wirklich ausgeführt werde. Ebenso will Ziegler, die Theilnahme an einem Verbrechen, 1845, S. 59 u. 61, den Urheber von dem Gehülfen nach der Absicht unterscheiden, indem dieser das Verbrechen nicht für sich hervorbringen, sondern dessen Ausführung im Interesse der Urheber unterstützen wolle. Allein Ziegler erkennt selbst an, daß diese Begriffsbestimmung auf die Strafbestimmung keinen Einfluß habe und daß die reale Beihülfe an der Haupthandlung voll bestraft werde. Der Unterschied zwischen Urheber und Gehülfen wird ja aber überhaupt nur zu dem Zwecke gemacht, um nach ihm die verschiedene Strafbarkeit zu bestimmen. — In ähnlicher Weise will Köstlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, §. 130, den Unterschied darnach bestimmen, ob der Handelnde sich selbst als Zweck, oder ob er sich als bloßes Mittel für einen anderen Zweck setze. Allein Köstlin tritt mit sich selbst in Widerspruch, indem er §. 134 zugiebt, daß bei der Anstiftung der Angestiftete, der als bloßes Mittel für die Zwecke des Anstifters handelt, Urheber sein könne.

schaft kommt es darauf an, von welchen Handlungen sich sagen lasse, daß sie mit der gewollten verbotenen Einwirkung auf die Außenwelt in Causalzusammenhange stehen. Causalzusammenhang zwischen einer Handlung und einer Einwirkung oder einem Erfolge ist aber nicht allein vorhanden, wenn sich der Mensch in solcher Weise thuend oder unterlassend verhält, daß die Einwirkung oder der Erfolg daraus entstanden war, sondern auch, wenn derselbe daraus entstehen konnte, ungeachtet er nicht wirklich entstand. Denn da bei nicht vorhandenem Causalzusammenhange ein Erfolg nicht entstehen kann, so muß immer Causalzusammenhang vorhanden sein, wenn der Erfolg entstehen konnte. Ein nicht wirklich entstandener Erfolg konnte aber entstehen, wenn die Ursachen, aus welchen er nicht entstand, nicht in der Handlung lagen, sondern in anderen Umständen, die unabhängig von dem Handelnden vorhanden waren. Denn alsdann würde dieser Erfolg eingetreten sein, wenn diese Umstände nicht vorhanden gewesen wären, sowie er auch bei Wiederholung der nämlichen Handlung eintreten muß, wenn diese Umstände nicht abermals sein Eintreten verhindern [4]).

Urheberschaft ist daher jede Handlung, welche den gewollten verbrecherischen Erfolg entweder wirklich hervorbringt oder hervorgebracht haben würde, wenn nicht andere, außerhalb der Handlung liegende Umstände vorhanden gewesen wären. Das eigenthümliche Merkmal, durch welches sich die Urheberschaft von der anderen Art der verbrecherischen Handlung, der Theilnahme, unterscheidet, besteht darin, daß der Urheber selbst die verbrecherischen Handlungen vornimmt, die mit dem gewollten verbotenen Erfolge in Causalzusammen-

4) P. G. O. Art. 178: „Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen." Das „Mögen" heißt soviel als Können, und drückt die im Texte aufgestellte Ansicht aus. Vgl. Habicht, rechtliche Erörterungen und Entscheidungen, S. 152 ff.

hange stehen. Der Begriff der Urheberschaft ist daher ausgeschlossen bei Demjenigen, der nicht seiner eigenen, sondern der verbrecherischen Handlung eines Anderen bedient, das gewollte Verbrechen hervorzubringen. Wenn das Verbrechen nur von einem Einzigen begangen worden, ist dieser immer der Urheber [5]). Wenn dagegen Mehrere ein Verbrechen begangen haben, so ist es möglich, daß sie nicht sämmtlich als Urheber angesehen werden dürfen [6]).

§. 57.

2) Verschiedene Formen der Urheberschaft.

a) Durch Begehungen oder positive Handlungen.

α) Durch physische Handlungen.

Die verschiedenen Formen, in welchen die menschliche Handlung überhaupt vorkommen kann, müssen sich auch bei der Urheberschaft wieder finden. Dieselbe kann daher sowohl durch Begehungen als durch Unterlassungen begangen werden. Jede dieser beiden Formen kann aber, wie bei der Handlung im Allgemeinen, so auch bei der Urheberschaft in verschiedener Modification vorkommen, je nachdem der Handelnde durch seine Thätigkeit entweder die Kräfte der Natur oder je nach-

---

5) Vgl. Marezoll, §. 33.

6) Daher pflegt die Frage nach der Urheberschaft vorzüglich für den Fall, da Mehrere an der Ausführung des Verbrechens Theil genommen haben, besonders hervorgehoben zu werden. So wird im Preuss. L. R. Thl. II. Tit. 20, §. 64 von Urhebern gesprochen, wenn Mehrere an Ausführung eines Verbrechens unmittelbar Theil genommen, §. 65, von einem Haupturheber, wenn Einer von denselben die Uebrigen zu dem Verbrechen verleitet hat, und §. 74 von einem Miturheber, wenn Jemand zu der Zeit, da die That ausgeführt wird, durch Handreichung, Wache halten oder sonst Hülfe leistet. Auch in den Lehrbüchern wird häufig die Urheberschaft als eine Art der Theilnahme an einem Verbrechen bezeichnet. Vgl. z. B. Abegg, §. 72 u. 73; Heffter, §. 83; Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Thl. I. S. 427.

dem er die Thätigkeit anderer Menschen in Wirksamkeit setzt, das gewollte Verbrechen zur Existenz zu bringen [1]). Die Urheberschaft kann daher sowohl durch physische als durch intellectuelle Handlungen und Unterlassungen begangen werden.

Die Urheberschaft durch physische Handlungen findet Statt, wenn der Handelnde seine eigenen körperlichen Kräfte anwendet, die gewollte verbrecherische Einwirkung auf die Aussenwelt hervorzubringen [2]). Diese Einwirkung kann nur eintreten nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges, indem durch die Thätigkeit des Handelnden die ausserhalb seiner liegenden Naturkräfte in solche Wirksamkeit gesetzt werden, welche dieselbe hervorbringen muß. Physischer Urheber kann daher nur sein, wer diese Kräfte durch seine eigene Thätigkeit entweder wirklich in Wirksamkeit setzt oder wenigstens dieselben in Wirksamkeit zu setzen vermeint [3]). Wer dieselben nicht durch seine eigene körperliche Thätigkeit in Wirksamkeit setzt, sondern nur solche Handlungen vornimmt, durch welche ein Anderer veranlaßt, in den Stand gesetzt oder unterstützt werden soll, diese Kräfte in Wirksamkeit zu setzen, ist auf keinen Fall physischer Urheber, aus dessen körperlicher Thätigkeit nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges die Existenz des Verbrechens hergeleitet werden könnte. Wenn er auch den Willen gehabt hat, daß das Verbrechen begangen werde, so wollte er doch dasselbe auf keinen Fall durch seine eigenen körperlichen Handlungen zur Existenz bringen. Dagegen ist im Falle einer vis absoluta physische Urheberschaft auf Seiten Dessen, der diese Gewalt anwendet, vorhanden, während

1) S. oben §. 53.

2) Z. B. der Mörder, der selbst die Wunde beibringt oder beibringen will, die den Tod zur Folge haben soll; der Brandstifter, der das Feuer selbst anlegt; der Dieb, der die Sachen selbst hinwegnimmt u. s. w.

3) In diesem letzteren Falle wird Urheberschaft des Versuches begangen. Vgl. §. 54 bei Note 4.

von Demjenigen, der dieser Gewalt unterliegt, gar keine Handlung begangen wird [4]).

§. 58.

β) Durch intellectuelle Handlungen.

Die Urheberschaft durch intellectuelle Handlungen findet Statt, wenn Jemand durch seine Handlungen die Ursache werden will, daß ein Anderer ohne verbrecherischen Willen die Handlungen begehe, aus welchen nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges die verbrecherische Einwirkung auf die Außenwelt hervorgehen soll. Das Verbrechen hat seinen Charakter als solches durch den verbrecherischen Willen Dessen, der es begeht, und ohne solchen Willen ist ein Verbrechen nicht denkbar. Jeder Wille hat aber seinen unmittelbaren und eigentlichen Entstehungsgrund in dem Inneren des Menschen. Aeußere Einwirkungen können zwar eine Veranlassung für den Menschen werden, daß er einen bestimmten Willen fasse: aber dieselben können niemals zu dem Willen

4) Vgl. oben §. 52. Die neuen Gesetzbücher rechnen den Fall, da sich Jemand durch Anwendung von vis absoluta eines Anderen bedient, das Verbrechen hervorzubringen, zu den Fällen mittelbarer oder intellectueller Urheberschaft, die durch Anstiftung oder Verleitung begangen werde. Bayersch. G.B. Art. 46. Sächs. G.B. Art. 36. Würtemberg. G.B. Art. 74. Hannov. G.B. Art. 53. Großh. Hess. G.B. Art. 71. Braunschw. G.B. §. 41. Da die neuen Gesetzbücher den Anstifter und Verleiter ebenso hart als den Urheber bestrafen und darum Anstiftung und Verleitung mit zur Urheberschaft rechnen (vgl. §. 56, Note 2), ist Nichts dagegen zu sagen, daß in solcher Weise verschiedenartige Fälle zusammengeworfen werden. Dem Begriffe nach aber sind der Anstifter und der Verleiter nicht Urheber, da sie gar nicht den Willen haben, die Handlungen selbst vorzunehmen, aus welchen nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges der verbrecherische Erfolg hervorgehen muß, während wirklicher physischer Urheber ist, wer sich durch Anwendung physischer Gewalt eines Anderen, der dabei gar nicht als Handelnder angesehen werden kann, als Werkzeugs bedient, das Verbrechen hervorzubringen.

in der Art in einem Causalverhältnisse stehen, daß in ihnen eine Ursache des Willens gefunden werden könnte. Die Entstehungsursache des Verbrechens kann daher immer nur in dem verbrecherischen Willen Dessen liegen, der dasselbe begeht, und nicht in den intellectuellen Handlungen Desjenigen, der ihn dazu zu bestimmen gesucht hat. Wer einen Anderen bewegen will, daß er den verbrecherischen Willen fasse und in demselben handele, kann daher nicht als Urheber angesehen werden, da er keine Handlung begeht, welche mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange steht [1]).

---

1) Hierher gehört Befehl, zu dessen Befolgung keine gesetzliche Verbindlichkeit vorhanden ist, Drohung, durch welche der Bedrohte in keinen wirklichen Nothstand versetzt wird, Auftrag, Versprechen oder Geben eines Lohnes, Rath, Verführung, Ueberredung und dringendes Bitten. Alle diese Handlungen stehen in keinem Causalzusammenhange mit der Hervorbringung des Verbrechens, da dasselbe nicht begangen werden würde, wenn der physisch Handelnde dem Einflusse derselben widerstanden hätte. Nach der gangbaren gemeinrechtlichen Theorie soll mit diesen Handlungen intellectuelle Urheberschaft begangen werden; vrgl. §. 56, Note 2. Der hier bestrittenen Ansicht tritt auch Köstlin, a. a. O. S. 529 ff., bei. Er giebt zwar zu, daß der Angestiftete nur dadurch, daß er selbst den verbrecherischen Entschluß fasse, Verbrecher werden könne: allein es sei nicht minder wahr, daß er ihn nur in Folge der auf ihn wirkenden Anstiftung fasse. Allein den Anstifter deßwegen als die Ursache des von dem Anderen gefaßten Entschlusses anzusehen, ist so richtig als der bekannte Schluß: post hoc, ergo propter hoc. Uebrigens scheint Köstlin mit sich selbst nicht recht einig gewesen zu sein. Auf der einen Seite (S. 530) sagt er, daß Feuerbach, Grolman und Martin vollkommen Recht haben, wenn sie auch eine Causalität durch intellectuelle Einwirkung annehmen. Auf der anderen Seite (S. 531) sagt er, es sei freilich richtiger, überall nicht von objectiver Causalität zu reden, wodurch immerhin der Schein entstehen müsse, als statuire man eine necessitirende intellectuelle Einwirkung. Seiner wirklichen Meinung nach will Köstlin den Anstifter darum als Urheber ansehen, weil derselbe sich selbst als Zweck der verbrecherischen Handlung setze. Daß aber das nicht richtig sein kann, zeigt sich daran, daß Köstlin selbst (S. 521) den

Daß Jemand durch seine Handlungen die Ursache wird, daß ein Anderer die Handlungen begehe, aus welchen nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges der verbrecherische Erfolg hervorgehen soll, kann nur unter der Voraussetzung vorkommen, daß der nicht verbrecherische Wille des Anderen in Bewegung gesetzt wird. Urheberschaft durch intellectuelle Handlungen kann daher nur in der Weise vorkommen, daß der physisch Handelnde ohne verbrecherischen Willen handelt

---

Angestifteten, der als bloßes Mittel für den Zweck des Anderen handelt, mit Recht als Urheber angesehen wissen will. Im römischen Rechte ist es zwar in vielen Stellen anerkannt, daß Derjenige, cujus dolo malo factum est, oder qui persuadet, impellit, mandat, ebenso hart bestraft werden solle als Derjenige, der das Verbrechen selbst verübt hat. L. 50. §. 3. D. de furtis. (XLVII. 2.) L. 3. §. 8. D. de incend. (XLVII. 9.) L. 1. D. de lege Pomp. de parr. (XLVIII. 9.) L. 15. §. 1. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) Aber die gleiche Strafbarkeit ist hier nur eine Folge des subjectiven Gesichtspunctes, nach welchem bei Ausmessung der Strafe nur auf den Willen des Handelnden gesehen wird, so daß es praktisch ohne Bedeutung ist, zwischen Urheberschaft und Nichturheberschaft zu unterscheiden. Dagegen erfordert die Consequenz des objectiven Gesichtspunctes die geringere Strafbarkeit dieser Handlungen, weil durch dieselben kein objectiver Erfolg hervorgebracht wird. Es ist kein Grund vorhanden, aus welchem nicht auch auf diese intellectuellen Handlungen der Art. 177 der P. G. O. bezogen werden sollte, wo im Allgemeinen die geringere Strafbarkeit Derer, die einem Missethäter „Hülfe, Beistand oder Förderung, wie das Alles Namen hat" leisten, anerkannt ist. Man beruft sich für die gleiche Strafbarkeit des Anstifters mit dem Urheber gewöhnlich auf Art. 107 der P. G. O., wo der Meineidige und Derjenige, der ihn zum Meineide angerichtet, für gleich strafbar erklärt werden. Daß das aber aus diesem Artikel nicht folgt, vgl. unten Note 4 in diesem §. Wenn die §. 56, Note 2 citirten neuen Gesetzbücher die Anstiftung, durch welche der verbrecherische Wille eines Anderen in Bewegung gesetzt wird, mit zur Urheberschaft rechnen, so stellen sie sich in diesem Puncte wieder auf den subjectiven Standpunct des römischen Rechtes, wogegen aus allgemeinen Gründen Nichts zu sagen ist.

und durch den intellectuell Handelnden veranlaßt wird, die Handlungen zu begehen, durch welche der verbrecherische Erfolg hervorgebracht werden soll. Die Handlungen, welche der physisch Handelnde in diesem Falle begeht, müssen zwar ebenfalls aus seinem Willen hervorgegangen sein, weil jede Handlung ihren Entstehungsgrund nur in dem Willen des Menschen haben kann: aber wenn dieser Wille kein verbrecherischer ist, so hat wenigstens das mit ihnen begangene Verbrechen nicht in seinem Willen, sondern nur in dem Willen Dessen gelegen, der ihn dazu veranlaßt hat. Die wirkliche Ursache des Verbrechens liegt alsdann in dem intellectuell Handelnden, der, wie er der alleinige Verbrecher ist, auch als der wirkliche Urheber angesehen werden muß. Als intellectuelle Handlungen, durch welche Urheberschaft begründet wird, müssen alle solche Handlungen angesehen werden, durch welche nach dem Willen des intellectuell Handelnden der physisch Handelnde bestimmt werden sollte, die Handlungen vorzunehmen, aus welchen der verbrecherische Erfolg hervorgehen sollte. Namentlich wird daher intellectuelle Urheberschaft begangen durch Befehl, dem nach einer gesetzlichen Verbindlichkeit Gehorsam geleistet werden muß [2]); durch Drohung von solcher Dringlichkeit und Stärke, daß der Be-

2) Ueber die Fälle des gesetzlich verbindlichen Befehles, in welchen der Befehlende der alleinige Verbrecher und darum Urheber ist, vgl. oben §. 47. Im Falle eines gesetzlich nicht verbindlichen Befehles, in welchem der Gehorchende ebenfalls als Verbrecher handelt (vgl. oben S. 315), ist dagegen der Befehlende dem Begriffe nach nicht Urheber, weil alsdann nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges die Ursache des Verbrechens in dem verbrecherischen Willen und der Handlung des Gehorchenden liegt. In den §. 56, Note 2 citirten Schriften und neuen Gesetzbüchern werden jedoch diese beiden Fälle des Befehles nicht unterschieden, weil es nach denselben überhaupt zur Urheberschaft gerechnet wird, Jemanden zur Ausführung eines Verbrechens zu bewegen.

drohte in einen Nothstand versetzt wird [3]), und durch Erregung eines Irrthumes, durch welchen der Irrende zu einer Handlung veranlaßt wurde, von welcher er sich nicht vorstellte, daß der verbotene Erfolg daraus hervorgehen werde [4]).

---

3) Vgl. darüber oben §. 46, Note 9. Drohungen von geringerer Bedeutung heben den verbrecherischen Willen Dessen, der sich durch dieselben zu der That bestimmen läßt, nicht auf und darum ist hier dieser und nicht der Drohende der Urheber. Da die neuen Gesetzbücher jede intellectuelle Handlung, durch welche ein Anderer zu dem Verbrechen bewogen werden soll, zur Urheberschaft rechnen, so wird in ihnen kein Gewicht darauf gelegt, ob die Drohung von der Art ist, daß der Bedrohte in einen Nothstand dadurch versetzt wird. Bayersch. G.B. Art. 46. Sächs. G.B. Art. 36. Hannov. G.B. Art. 53. Würtemb. G.B. Art. 74. Großh. Hess. G.B. Art. 71. Braunschw. G.B. §. 41.

4) Da der Irrthum in diesem Falle die verbrecherische Willensbestimmung des physisch Handelnden ausschließt (vgl. oben §. 44), so ist der denselben Erregende der alleinige Verbrecher und mithin Urheber. Beispiele geben L. 7. §. 5. D. de jurisdict. (II. 1.) L. 1. §. 1. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) P. G. O. Art. 107. Dieser Artikel wird gewöhnlich angeführt, um die gleiche Strafbarkeit des Anstifters mit dem Urheber zu begründen. In demselben ist zuvörderst vorgeschrieben, daß der Meineidige, der einen Anderen in ungerechte peinliche Strafe schwört, mit der Strafe, die er fälschlich auf einen Anderen geschworen, belegt werden soll, und alsdann, daß die nämliche Strafe Den treffen soll, der den Meineidigen wissentlich und vorsätzlich dazu angerichtet hatte. Offenbar ist dabei nicht an den Meineid als solchen gedacht, sondern nur insofern derselbe ein Mittel ist, einen Unschuldigen in peinliche Strafe zu bringen. Von diesem Verbrechen ist auch Derjenige, der den Meineid selbst leistet, nicht der physische Urheber, da der Meineid nur eine intellectuelle Handlung ist, durch welche das Gericht zu der ungerechten Verurtheilung veranlaßt wird. Aber er ist wirklich Urheber, weil durch seine Handlungen das Verbrechen wirklich verursacht wird. Ebenso verhält es sich mit Demjenigen, der ihn zum Meineide anrichtet, da er in dem nämlichen Maße, als der Meineidige selbst, dazu beiträgt, das Gericht in den verhängnißvollen Irrthum zu versetzen. Vgl. meine Abhandlungen, II. S. 344 ff.

§. 59.

b) Durch Unterlassungen, sowohl physische als intellectuelle.

Unterlassungen können ebenso gut als positive Handlungen mit der Hervorbringung eines Verbrechens in Causalzusammenhange stehen und darum Urheberschaft begründen. Die Urheberschaft durch Unterlassungen besteht in der schuldhaften Nichtverhinderung eines Erfolges, dessen Hervorbringung ein Verbrechen bildet [1]). Es bedarf zur Strafbarkeit einer solchen Unterlassung nicht wie bei den eigentlichen Unterlassungsverbrechen [2]) eines besonderen Gebotes, in welchem die Begehung der unterlassenen Handlung bei Strafe auferlegt wird, sondern es folgt dieselbe aus dem allgemeinen Verbote, unter welchem das Verbrechen steht, welches aus der Unterlassung hervorgehen kann [3]).

---

1) L. 50. D. de R. J. (L. 17.) „Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest.“ L. 109. D. eod. „Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere non potest.“ (Ueber eine andere Lesart dieser Stelle vgl. meine Abhandlungen, II. S. 249, Note 1.) In den neuen Gesetzbüchern werden Handlungen und Unterlassungen in der Regel ausdrücklich einander gleichgestellt. Sächs. G.B. Art. 1. Würtemb. G.B. Art. 1. Hannov. G.B. Art. 6. Großh. Hess. G.B. Art. 1.

2) Ueber die eigentlichen Unterlassungsverbrechen, die wohl zu unterscheiden sind von den Unterlassungen, durch welche andere Verbrechen begangen werden, vgl. oben §. 28.

3) Daß es nicht, wie Martin, §. 33, Feuerbach, §. 24 und Spangenberg im neuen Archiv des C.R. IV. S. 527 ff. behaupten, um durch Unterlassungen Verbrecher zu werden, eines besonderen Rechtsgrundes bedürfe, aus welchem man zur Vornahme der unterlassenen Handlung verpflichtet gewesen, vgl. meine Abhandl. II. S. 222 ff. und Zirkler, Artikel „Handlung“ im Rechtslexicon, V. S. 105 ff.; auch Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbrechen, I. S. 66. Diese Ansicht ist auch mitunter in neuere Gesetzbücher übergegangen, z. B. Würtemb. G.B. Art. 236, wo steht, daß sich auch Derjenige einer Tödtung schuldig mache, der vermöge einer besonderen Rechtsverbindlichkeit

Urheberschaft durch Unterlassungen ist vorhanden, wenn die Unterlassung mit der Hervorbringung des Verbrechens in der Art in Causalzusammenhange steht, daß ihr die fortdauernde Wirksamkeit der Ursachen zugeschrieben werden muß, aus welchen das Verbrechen hervorging oder hervorgehen konnte. Das ist der Fall, wenn die Wirksamkeit dieser Ursachen dem Umstande zugeschrieben werden muß, daß ein bestimmter Mensch die Handlungen nicht vornahm, durch welche dieselbe aufgehalten worden wäre. Daß Jemand auf diese Weise als Urheber durch eine Unterlassung erscheint, setzt zuvörderst voraus, daß er im Stande war, die unterlassene Handlung vorzunehmen [4]). Es gehört ferner dazu, daß die Vornahme der unterlassenen Handlung sicher geeignet war, die Wirksamkeit jener Ursachen aufzuhalten, indem, wenn diese Wirksamkeit auch bei Vornahme der Handlung fortgedauert haben würde, nicht mehr von Causalzusammenhang die Rede sein kann [5]). Endlich gehört dazu, daß die Vornahme der

---

zum Handeln verpflichtet war und durch Unterlassung dieser Pflichtübung den Tod eines Hülfsbedürftigen herbeigeführt hat. Richtiger dagegen das Hannov. G.B. Art. 225, nach welchem der Tödtung schuldig ist, wer durch rechtswidrige Handlung oder Unterlassung den Tod eines Menschen verursacht. Ebenso lassen es das Sächs. G.B. Art. 121 und das Braunschw. §. 145 nur darauf ankommen, daß Jemand den Tod eines Anderen verursacht habe. Warum sollte auch nicht, wer es ruhig geschehen läßt, daß ein Anderer irrthümlich Gift einnimmt, als Urheber der Tödtung angesehen werden? Eine besondere Rechtsverbindlichkeit, ihn zu warnen, kann nicht angenommen werden. Die Verbindlichkeit dazu folgt einfach daraus, daß es verboten ist, Tödtungen zu verursachen, und daß zwischen dem Tode und der Unterlassung der Warnung Causalzusammenhang Statt findet.

4) Außerdem ist die Unterlassung gar nicht seine Handlung; vgl. oben §. 52.

5) Hierher gehört die Unterlassung zweifelhafter Versuche, Andere aus Gefahren zu retten, z. B. einem in das Wasser Gefallenen beizuspringen oder das durchgehende Pferd des Reiters aufzuhalten. Dage-

unterlassenen Handlung auch nothwendig war, die Wirksamkeit jener Ursachen aufzuhalten. Denn wenn die Wirksamkeit jener Ursachen aufhören konnte, auch ohne daß die unterlassene Handlung vorgenommen wurde, kann ebenfalls kein Causalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Erfolge angenommen werden. Daher ist es möglich, daß durch die Vornahme einer Handlung ein Erfolg hätte verhindert werden können, ohne daß sich darum sagen läßt, daß die Unterlassung derselben mit ihm in Causalzusammenhange stehe [6]). Denn wenn bei der Unterlassung Gründe vorhanden waren, die sein Eintreten ebenfalls verhindern konnten, so war die Vornahme der unterlassenen Handlung weder nothwendig, den Erfolg zu verhindern, noch kann sein Eintreten der Unterlassung zugeschrieben werden [7]).

---

gen ist es eine mit dem Ertrinken in Causalzusammenhange stehende Unterlassung, ein in die Badewanne gefallenes Kind nicht herauszuziehen. Ebenso hat das Ersticken veranlaßt, wer bei einem ausgebrochenen Feuer die in der Stube Befindlichen durch Nichtaufschließen der Thür am Entkommen verhindert.

6) Es kann z. B. Jemand in Folge der Verweigerung eines Almosens verhungern; oder es hätte ein am Rande eines Abgrundes Eingeschlafener von dem Hinabstürzen gerettet werden können, wenn er von dem Vorübergehenden geweckt worden wäre. Aber in jenem Falle konnte das Almosen auch noch von einer anderen, als der in Frage stehenden Person gegeben werden, und in diesem wäre der Eingeschlafene nicht herabgestürzt, wenn er in seiner Lage geblieben wäre. Vgl. auch oben §. 28, Note 3.

7) Ob solche Gründe vorhanden waren oder nicht, ist eine factische Frage, die nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden muß. Im Allgemeinen muß angenommen werden, daß die Vornahme der unterlassenen Handlung von Seiten einer bestimmten Person nothwendig war, wenn diese Handlung nicht von einer anderen Person entweder bereits vorgenommen war oder von ihr erwartet werden konnte. Für unterlassene Alimentation und Pflege werden der Regel nach nur Diejenigen verantwortlich sein, welchen die Verbindlichkeit dazu entweder

Auch die Unterlassungen kann man, wie die positiven Handlungen, in physische und in intellectuelle unterscheiden, je nachdem durch die unterlassene Handlung entweder der Wirksamkeit der Naturkräfte hätte entgegengetreten werden können, oder je nachdem die Thätigkeit anderer Menschen durch sie hätte aufgehalten werden können [8]). Urheberschaft durch intellectuelle Unterlassungen kann aber nur in dem Falle begangen werden, da die aufzuhaltende Thätigkeit des Anderen eine nicht verbrecherische ist [9]). Ist sie eine verbrecherische, so hat das Verbrechen den Grund seiner Existenz in dem verbrecherischen Willen Dessen, von dem diese Thätigkeit ausgeht. Die Unterlassung steht daher gar nicht in Causalzusammenhange mit der Existenz des Verbrechens [10]).

---

gesetzlich oder vertragsmäßig oblag; z. B. L. 4. D. de agnoscendis et alendis liberis. (XXV. 3.) §. 6. I. de leg. Aquil. (IV. 3.) Hinsichtlich des Schadens, der durch Sachen und gemachte Anlagen in Folge unterlassener Vorsichts- und Warnungs-Maßregeln entstehen kann, wird die Verantwortung meistens den Innehaber oder Unternehmer treffen; z. B. L. 28. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) Indessen giebt es nach dem angedeuteten Principe auch noch andere Fälle, in welchen man durch Unterlassung Verbrecher wird. Vgl. z. B. Note 3 u. 5 in diesem §.

8) S. oben §. 53.

9) S. oben §. 58. Namentlich gehört hierher der Fall, da man einen schädlichen Erfolg durch Aufklärung eines Irrthumes, in welchem sich der Andere befindet, zu verhindern vermag, indem man ihn z. B. nicht über die giftige Qualität einer Substanz oder die Ladung einer Flinte aufklärt. Mehrere neue Gesetzbücher heben, ohne ihn jedoch zur Urheberschaft zu rechnen, den Fall besonders hervor, da man den wahren Verbrecher kennt und weiß, daß ein Unschuldiger in Untersuchung und Strafe genommen wird. Sächs. G.B. Art. 40. Würtemb. G.B. Art. 94. Braunschw. G.B. §. 48.

10) Deßwegen ist es keine Urheberschaft, die Verbrechen Anderer nicht durch Anzeige oder Warnung des Bedrohten oder auf andere Weise zu verhindern. Ueber den Gesichtspunct, nach welchem solche Unterlassungen beurtheilt werden müssen, vgl. oben §. 28.

Dagegen kann es allerdings Theilnahme an einem Verbrechen sein, dem verbrecherischen Willen eines Anderen nicht entgegenzutreten, so oft nämlich aus dieser Unterlassung der Wille hervorgeht, daß der Andere das Verbrechen wirklich begehe [11]).

§. 60.

3) Verschiedene Arten der Urheberschaft.

A. Urheberschaft der Vollendung.

a) Begriff der Vollendung.

Das Verbrechen ist vollendet, wenn der Urheber in solcher Weise thätig gewesen ist, daß er die Einwirkung auf die Außenwelt, die nicht hervorgebracht werden sollte, vollständig hervorgebracht hat und nach Vorschrift der Gesetze die volle Strafe verwirkt hat. Dem vollendeten Verbrechen steht das versuchte gegenüber, bei welchem die Thätigkeit des Urhebers von der Art gewesen ist, daß sie zwar noch als Uebertretung des nämlichen Gesetzes, welches durch die Vollendung übertreten wird, erscheint, aber die verbotene Einwirkung nicht vollständig hervorgebracht hat und nach Vorschrift der Gesetze

---

11) Das ist vorzüglich der Fall bei der Genehmigung oder Nichtverwerfung des von einem Anderen mitgetheilten verbrecherischen Planes, dessen Ausführung von der Genehmigung abhängig gemacht wird. L. 152. D. de R. J. (L. 17.) „In maleficio ratihabitio mandato comparatur.“ In einer anderen Beziehung, nämlich hinsichtlich begangener Verbrechen, kommt dieser Satz vor in L. 1. §. 14. D. de vi et vi arm. (XLIII. 16.), wo gesagt ist, daß dem Mandanten gleich geachtet werden soll, wer die von einem Anderen vorgenommene Besitzentsetzung genehmigt, d. h. für sich benutzt. Vgl. Zirkler a. a. O. S. 144. In meinen Abhandlungen, II. S. 253 ff. habe ich die Genehmigung eines verbrecherischen Planes unrichtiger Weise für Urheberschaft ausgegeben. Das kann sie aber nicht sein, weil die Ausführung des Planes ihren Grund immer nur in dem eigenen Willen Dessen hat, der ihn gefaßt hat.

gelinder bestraft wird [1]). Versuch und Vollendung können nur in Beziehung auf das nämliche Verbrechen von einander unterschieden werden [2]). Bei beiden ist daher vorausgesetzt, daß der Urheber mit dem nämlichen Willen gehandelt habe.

---

1) P. G. O. Art. 178, wo die Vollendung „Vollbringung der Missethat" und der Versuch „Unterstandene Missethat" genannt wird. Bayersch. G.B. Art. 37. Sächs. G.B. Art. 25. Würtemb. G.B. Art. 61. Hannov. G.B. Art. 32. Großh. Hess. G.B. Art. 63. Braunschw. G.B. §. 35. Die neueren Gesetzbücher bedienen sich zur Beschreibung der Vollendung in der Regel der Ausdrucksweise, daß sich bei der That alle Merkmale, die vermöge des Gesetzes zum Begriffe des Verbrechens gehören, oder die gesetzlichen Erfordernisse des Begriffes vereinigt finden. Gesucht und auch unbegründet ist der von Zachariä, die Lehre vom Versuche, Thl. I. §. 18, gegen diese Ausdrucksweise erhobene Einwand, daß, wenn man also die Vollendung dem Versuche gegenüber stelle, stets Versuch vorliegen müßte, wenn sich bei einer That nicht alle diese Erfordernisse oder Merkmale vereinigt finden.

2) In der Auffassung und dem Sprachgebrauche des Lebens und der Gesetze ist es hergebracht, die einzelnen Verbrechen nach dem Thatbestande ihrer Vollendung zu bezeichnen, wie man z. B. von Tödtung nur spricht, wenn Jemand wirklich umgebracht worden ist. Alsdann besteht der Versuch der Tödtung in solchen Handlungen, mit welchen dieser Erfolg beabsichtigt, aber nicht erreicht wurde. Man darf nur darüber nicht vergessen, daß der Versuch der Tödtung ebenfalls mit zu dem Verbrechen der Tödtung gehört, da mit ihm dem Verbote, zu tödten, gleichfalls zuwider gehandelt wird. Strenge genommen wäre es richtiger, für die einzelnen Verbrechen eine solche Bezeichnung zu gebrauchen, durch welche Versuch und Vollendung zugleich begriffen wird, z. B. statt Tödtung den Ausdruck Verbrechen wider das Leben. Vgl. meine Abhandlungen, II. S. 160, Note 2. — Die Strafbarkeit des Versuches kann auch in der Weise in einer Gesetzgebung anerkannt sein, daß dieselbe nicht in einem allgemeinen auf alle Verbrechen bezüglichen Gesetze ausgesprochen wird, sondern daß die einzelnen Versuchshandlungen der verschiedenen Verbrechen besonders mit Strafe bedroht werden. In dieser Weise ist der Versuch im römischen Strafrechte behandelt. S. oben §. 54, Note 6. Vgl. auch meine Abhandlungen, I. S. 5 ff.

Der Unterschied betrifft nur die Weise, in welcher er zur Ausführung dieses Willens thätig gewesen ist [3]).

Wie es in der Wirklichkeit nur bestimmte, besondere Verbrechen giebt, so hat auch jedes derselben seine besondere Vollendung. Welche Art der Thätigkeit die Vollendung des einzelnen besonderen Verbrechens und die Verwirkung der vollen Strafe begründe, muß in der Gesetzgebung bei jedem einzelnen Verbrechen angegeben und in dem besonderen Theile der Strafrechtswissenschaft dargestellt werden.

Das allgemeine Princip, nach welchem zwischen vollendetem und versuchtem Verbrechen unterschieden wird, ist der objective Gesichtspunct, der bei Bestimmung der Strafgröße auch die auf die Außenwelt wirklich hervorgebrachte Einwirkung berücksichtigt. Im Allgemeinen läßt sich sagen, das Verbrechen sei vollendet, wenn diejenige Einwirkung auf die Außenwelt hervorgebracht worden, welche nach dem durch das Verbrechen übertretenen Gesetze nicht hervorgebracht werden sollte [4]). Bei vielen Verbrechen besteht diese Einwirkung in

---

3) Darum wird das Oestreichische G.B. §. 7 von Zachariä, die Lehre vom Versuche, Thl. II. S. 67, mit Unrecht der Inconsequenz beschuldigt, wenn es sagt, daß schon der Versuch einer Uebelthat das Verbrechen sei. Der Versuch der Tödtung ist ebenso gut als die Vollendung derselben ein Verbrechen wider das Leben. Er ist nur ein Verbrechen, welches keinen Erfolg gehabt und darum nach dem objectiven Gesichtspuncte gelinder bestraft wird.

4) Köstlin, neue Revision, §. 126 setzt den Moment der Vollendung darein, daß das den Gegenstand des Verbrechens bildende Recht als Recht wirklich verletzt erscheine. Allein diese Bestimmung ist geradezu unrichtig, wenn unter dem den Gegenstand des Verbrechens bildenden Rechte das Recht im objectiven Sinne oder das Gesetz verstanden werden soll, welches doch durch den Versuch ebenso gut als durch die Vollendung wirklich verletzt wird. Soll aber mit jenem Rechte das subjective Recht des Beschädigten gemeint sein, so paßt diese Bestimmung Theils nicht auf diejenigen Verbrechen, die gar keine Verletzung subjectiver

der Hervorbringung eines gewissen in die Sinne fallenden Erfolges. Bei diesen Verbrechen ist das Verbrechen vollendet, wenn diese Thätigkeit von der Art gewesen ist, daß dieser Erfolg durch sie hervorgebracht worden ist. Bei anderen Verbrechen besteht diese Einwirkung nicht sowohl in der Hervorbringung eines bestimmten in die Sinne fallenden Erfolges, als vielmehr in der Art der Thätigkeit, die man gewissen factischen Verhältnissen gegenüber beobachtet [5]). Bei

---

Rechte enthalten, Theils wird mit ihr auch für die Rechtsverbrechen der Moment der Vollendung nicht mit hinlänglicher Bestimmtheit gegeben. Z. B. bei dem Diebstahle, wie bei dem Betruge erscheint das subjective Recht erst vollständig verletzt, wenn ein wirklicher Schade zugefügt ist, während doch beide Verbrechen vollendet sind, wenn der Dieb auch sogleich ergriffen oder der Betrug sogleich entdeckt wird.

5) Auf diesen Unterschied beziehen sich die herkömmlichen Eintheilungen der Verbrechen in materiale und formale, und in determinirte und vage. Klein, Grundsätze des peinlichen Rechts, §. 63; Feuerbach, §. 388; Grolman, §. 285; Martin, §. 176. Formale Verbrechen nennt man diejenigen, bei welchen durch die Form der Handlung, z. B. Fälschung und Gewaltthätigkeit; materiale, bei welchen durch den Zweck des Handelnden, z. B. Tödtung und Diebstahl, Begriff und Benennung bestimmt wird. Allein bei den formalen Verbrechen kommt es zugleich auch auf den Zweck des Handelnden an, bei den materialen auf die Form der Handlung. Fälschung von Münzen und Fälschung eines Passes können zwar mit gleichem Rechte Fälschung genannt werden, sind aber doch zwei ganz verschiedene Verbrechen. Der Dieb und der Betrüger haben in gleicher Weise den Zweck, sich mit fremdem Gute zu bereichern, und doch sind wegen der verschiedenen Form der Handlung Diebstahl und Betrug verschiedene Verbrechen. Vgl. meine Abhandlungen, II. S. 155. Determinirte Verbrechen sollen diejenigen sein, zu deren Begriffe ein bestimmter Gegenstand und meistens auch eine daran hervorgebrachte Wirkung gehöre; vage, deren Begriff durch die Verschiedenartigkeit des Gegenstandes und der daran hervorgebrachten Wirkungen nicht verändert werde. Allein die Unterscheidung ist so schwankend, daß z. B. Feuerbach die Brand- und Ueberschwemmungsstiftung zu den deter-

diesen Verbrechen gehört zur Vollendung, daß unter diesen factischen Verhältnissen die von dem Gesetze gemeinte Thätigkeit wirklich beobachtet worden sei. Bei jedem einzelnen Verbrechen können nur die Gesetze darüber entscheiden, wann es für vollendet genommen werden müsse.

Nach diesem Begriffe der Vollendung bestimmt sich auch der Thatbestand des vollendeten Verbrechens. Der subjective Thatbestand ist bei der Vollendung der nämliche, als bei dem Versuche, nämlich der Wille, das in Frage stehende Verbrechen hervorzubringen. Der objective Thatbestand der Vollendung besteht in einer Handlung von solcher Beschaffenheit, daß durch sie die von dem Gesetze gemeinte Einwirkung auf die Außenwelt wirklich hervorgebracht worden ist [6]). Ohne den subjectiven Thatbestand kann weder von vollendetem, noch von versuchtem Verbrechen die Rede sein, da ein Verbrechen ohne verbrecherische Willensbestimmung nicht gedacht werden kann. Wenn es bei vorhandenem subjectiven Thatbestande an dem objectiven Thatbestande der Vollendung fehlt, kann noch Thatbestand des Versuches vorhanden sein, wenn nämlich die

---

minirten, Martin zu den vagen Verbrechen rechnet. Vgl. meine Abhandlungen, I. S. 477 und II. S. 156; auch Köstlin a. a. O. S. 437.

6) Darnach muß zwischen dem Thatbestande eines Verbrechens überhaupt und zwischen dem Thatbestande seiner Vollendung unterschieden werden. Dieser ist in jenem enthalten, aber nicht nothwendig mit ihm vorhanden. Der Thatbestand des Verbrechens überhaupt besteht in dem Willen, das Verbrechen hervorzubringen, und in einer entsprechenden äußeren Handlung. Ohne diesen Thatbestand kann es auch keinen Versuch eines Verbrechens geben, da ohne ihn dem Gesetze, welches das Verbrechen verbietet, überhaupt nicht zuwider gehandelt werden kann. In diesem Thatbestande ist aber auch die Handlung, welche den Thatbestand der Vollendung bildet, enthalten, da sie ebenfalls eine dem verbrecherischen Willen entsprechende Handlung ist. Vgl. auch Köstlin a. a. O. §. 120, Anmerk. 1.

Handlung von der Art ist, daß sie einen Beweis für den subjectiven Thatbestand liefert [7]).

Vollendung und Versuch sind zwei verschiedene Arten der Urheberschaft, indem der Urheber bei jener in anderer Weise thätig ist, als bei diesem. Der Unterschied hat daher nicht die Bedeutung, daß der Begriff der Urheberschaft bei der Vollendung vollständiger als bei dem Versuche vorhanden wäre. Auch wer es nur bis zu dem Versuche bringt, ist vollständiger Urheber, da er selbst die Handlungen vornimmt, die mit der Hervorbringung des Verbrechens in Causalzusammenhange stehen. Es ist daher richtiger, von Urheberschaft der Vollendung und des Versuches, als von vollendeter und versuchter Urheberschaft zu sprechen.

§. 61.

b) Subjective Beschaffenheit der Vollendungshandlungen.

Die subjective Beschaffenheit der Vollendungshandlungen wird begründet durch die Art des Willens, mit welchem der Urheber gehandelt hat. Bei jeder Vollendungshandlung wird vorausgesetzt, daß der Urheber den Willen der Vollendung gehabt habe, der entweder dolus oder culpa sein kann. Die Vollendung ist daher entweder Vollendung des dolosen oder des culposen Verbrechens [1]). In keinem Falle kann von einer

---

7) Die Frage, in wiefern Mangel am Thatbestande Versuch sei, kann nach dem in Note 6 Bemerkten keine Schwierigkeit machen. Wenn es am Thatbestande des Verbrechens überhaupt mangelt, kann auch von keinem Versuche die Rede sein. Wenn es am Thatbestande der Vollendung mangelt, kommt es eben darauf an, ob noch der Thatbestand des Verbrechens überhaupt vorhanden sei. Vgl. auch Zachariä a. a. O. §. 16, und Köstlin a. a. O. §. 120 und S. 378.

1) Zachariä a. a. O. §. 26 will bei culposen Verbrechen überhaupt nicht von Vollendung, sondern von vollkommener Existenz des That-

Vollendungshandlung des dolosen oder des culposen Verbrechens die Rede sein, wo nicht die Vollendung, die in dem Willen gelegen, wirklich hervorgebracht worden ist. Es kann darum auch immer nur soweit von Vollendung die Rede sein, als das Hervorgebrachte wirklich in dem Willen gelegen hatte. Der Unterschied zwischen beiden bezieht sich nicht auf die Handlungen an sich, durch welche das Verbrechen hervorgebracht wird, sondern auf das durch sie hervorzubringende Verbrechen selbst, je nachdem es in der Absicht des Handelnden gelegen hatte, oder nur als möglicher Weise eintretend gewollt worden war [2]). Es ist daher, damit eine Handlung als Vollendungshandlung des dolosen oder culposen Verbrechens erscheine, nicht nothwendig, daß die Handlung gerade in der Weise wirke, in welcher es von dem Handelnden beabsichtigt oder als möglich gedacht war: sondern es kommt nur darauf an, daß er bei ihr den Willen der Vollendung

---

bestandes sprechen, womit auch Köstlin a. a. O. S. 443 übereinzustimmen scheint. Allein die vollkommene Existenz des Thatbestandes ist gerade die Vollendung des culposen Verbrechens. Vollendung des culposen Verbrechens soll es darum nicht geben, weil es keinen Versuch desselben gebe. Allein mit demselben Rechte kann man schließen, weil es eine Vollendung des culposen Verbrechens giebt, muß es auch einen Versuch desselben geben.

2) Es ist richtiger, von Vollendung des dolosen oder culposen Verbrechens, als von doloser oder culposer Vollendung zu sprechen. Nicht die Handlung an sich, durch welche die Vollendung herbeigeführt wird, sondern das Verbrechen ist entweder dolos oder culpos. Zur Handlung an sich gehört nur Selbstbestimmung, welche bei dem dolosen und dem culposen Verbrechen in gleichem Maße vorhanden sein muß. Es ist z. B. bei der dolosen und bei der culposen Tödtung gleich nothwendig, daß sich der Thäter selbst zum Abschießen der Flinte bestimmt habe: ob er aber damit ein doloses oder culposes Verbrechen begehe, hängt davon ab, ob er den hervorgebrachten Erfolg beabsichtigt oder als möglich gedacht hatte.

gehabt hatte. Wenn auch die Handlung in anderer als in der von dem Handelnden gedachten Weise die Vollendung wirklich hervorbringt, ist sie doch immer eine Vollendungshandlung entweder des dolosen oder des culposen Verbrechens [3]).

Zur Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens ist in subjectiver Hinsicht erforderlich, daß der Urheber die Absicht gehabt habe, die Vollendung hervorzubringen. Ob er diese Absicht gehabt habe, ist eine factische Frage, deren Beantwortung, wie der Beweis der Absicht überhaupt, aus der Weise genommen werden muß, in welcher der Handelnde thätig gewesen ist.

Die Thätigkeit des Handelnden kann von der Art sein, daß sie in mehrere in der Zeitfolge auseinander fallende Acte unterschieden werden kann. Alsdann ist möglich, daß die Vollendung selbst nicht gerade durch den Act, von welchem der Handelnde sie erwartet hatte, sondern daß sie durch einen früheren oder späteren Act hervorgebracht wird. Wenn sie durch einen früheren Act hervorgebracht wird, hat der Handelnde unzweifelhaft die Absicht der Vollendung dabei gehabt. Er hat zwar diese Absicht früher erreicht, als er erwartet hatte: aber gerade daraus folgt, daß er diese Absicht dabei

---

3) Z. B. der Handelnde hatte gedacht, die beabsichtigte Tödtung durch die scharfe Ladung der Flinte hervorzubringen, während dieselbe ohne sein Wissen nur blind geladen ist. Wenn er durch das Abfeuern derselben den Tod wirklich hervorbringt, ist es dennoch eine Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens; oder der Brandstifter hatte gedacht, daß das Feuer durch das in der Scheune befindliche Stroh weiter verbreitet werden sollte, während es weiter brannte, ohne daß überhaupt Stroh vorhanden war. Vgl. Würtemb. G.B. Art. 56. Großh. Hess. G.B. Art. 58. Es bedarf indessen zur Gültigkeit dieses Grundsatzes keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung, die auch in den anderen Gesetzbüchern nicht enthalten ist.

gehabt hat [4]). Es läßt sich nicht sagen, daß der Handelnde bei diesem Acte darum nicht die Absicht der Vollendung gehabt haben könne, weil er nicht die Vorstellung gehabt habe, daß er sie mit ihm hervorbringen werde. Denn die einzelnen Acte, in welche seine Thätigkeit unterschieden werden kann, bilden, weil sie aus einem Willen hervorgegangen sind, nothwendig eine einzige und ungetheilte Handlung. Daher ist jeder dieser einzelnen Acte, der die Vollendung wirklich hervorgebracht hat, die Vollendungshandlung eines dolosen Verbrechens [5]). Es ist dabei gleichgültig, ob der Handelnde, weil er die durch den früheren Act bereits hervorgebrachte Vollendung nicht bemerkt, noch zu dem ferneren Acte, von welchem er sie erwartet, schreitet, oder ob das nicht der Fall ist.

Ob es für eine Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens genommen werden müsse, wenn die Vollendung durch

---

4) Z. B. der Mörder beabsichtigt, sein Opfer durch einen Schlag auf den Kopf zu betäuben, um es nachher zu erdrosseln. Wenn der Schlag den Tod hervorbringt, ist er eine Vollendungshandlung der dolosen Tödtung. Etwas Anderes ist es freilich, wenn der frühere den Erfolg wirklich hervorbringende Act gar nicht in der Absicht, ihn hervorzubringen, vorgenommen war. Alsdann kann dieser Act, weil es an dieser Absicht fehlt, nicht Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens sein. Ebenso wenig kann es der spätere in dieser Absicht vorgenommene Act sein, da der schon vorhandene Erfolg nicht durch ihn hervorgebracht wird. Vgl. darüber vorläufig Zachariä a. a. O. §. 145.

5) Manche nennen es dolus generalis, wenn der Handelnde, um den bezweckten Erfolg hervorzubringen, sich zu mehreren Acten entschlossen hatte. Vgl. oben §. 36, Note 2 am Ende. Diese Bezeichnung ist aber unzweckmäßig, weil der Inhalt des dolus in diesem Falle kein anderer ist, als in dem mit dolus specialis bezeichneten Falle, nämlich den beabsichtigten Erfolg hervorzubringen. Man hat auch den dolus generalis gar nicht nöthig, um zu dem Resultate zu gelangen, daß jeder einzelne Act, der die Vollendung hervorbringt, als Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens angesehen werden müsse.

einen späteren Act hervorgebracht wird, als von welchem der Handelnde sie erwartet hatte, kann nur unter der Voraussetzung einigermaßen zweifelhaft werden, daß seine Erwartung ohne sein Wissen unerfüllt geblieben war und er also den späteren Act vornahm, während er glaubte, durch den früheren Act die Vollendung bereits hervorgebracht zu haben [6]). Viele Criminalisten sind hier der Meinung, daß der spätere Act nicht für eine Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens genommen werden könne, weil die Vorstellung des Handelnden, die Vollendung bereits durch den früheren Act hervorgebracht zu haben, die Absicht ausschließe, dieselbe noch durch den späteren Act hervorzubringen [7]). Allein wie schon

---

6) Denn es ist ohne Weiteres klar, daß es Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens sei, wenn der Handelnde den späteren Act aus dem Grunde vornahm, weil er wußte, daß er die Vollendung durch den früheren Act noch nicht erreicht hatte. Beispiele des im Texte gemeinten Falles sind, wenn der Mörder dem nach seiner Meinung bereits Getödteten die Kehle abschneidet, um den Schein des Selbstmordes hervorzubringen, oder wenn er, um den vermeintlichen Leichnam bei Seite zu schaffen, denselben vergräbt oder in das Wasser wirft. Ausdrücklich sind die Fälle dieser Art angedeutet und entschieden in dem Würtemb. G.B. Art. 56.

7) Vgl. den merkwürdigen Rechtsfall im neuen Archiv des C.R. V. S. 375 ff. Bischoff, Criminalrechtsfälle, I. S. 143 ff. Habicht, rechtliche Erörterungen u. Entscheidungen gemeinrechtlicher Controversen, I. S. 208 ff. Zachariä a. a. O. §. 146—149. Berner, Grundlinien der criminal. Imputationslehre, S. 193 ff. Nach dieser Ansicht soll mit dem ersteren Acte nur ein Versuch und mit dem späteren Acte nur ein culposes Verbrechen begangen sein. Die culpa würde aber alsdann darin bestehen, daß der Handelnde bei dem ersten Acte nicht geschickt und energisch genug zu Werke gegangen wäre, den beabsichtigten Erfolg hervorzubringen, oder daß er wenigstens, bevor er zu dem anderen Acte schritt, sich nicht hinlängliche Gewißheit darüber verschafft hätte, ob der Erfolg bereits hervorgebracht worden sei. Daß mit dem zweiten Acte kein culposes Verbrechen begangen werden könne, ergiebt sich einfach daraus, daß

bemerkt worden ist, müssen die einzelnen Acte, die aus dem nämlichen Willen hervorgegangen sind, als eine einzige ungetheilte Handlung angesehen werden [8]). Der spätere, die Vollendung wirklich hervorbringende Act, den der Handelnde in der Meinung und unter der Voraussetzung vornimmt, daß er dieselbe schon hervorgebracht habe, ist aus dem nämlichen Willen hervorgegangen, als der frühere Act, durch welchen er die Vollendung hervorgebracht zu haben vermeinte. Er bildet deßwegen mit dem früheren Acte zusammen eine einzige Handlung, welche, da die Vollendung wirklich hervorgebracht ist, für eine Vollendungshandlung des dolosen Verbrechens gehalten werden muß. Es ist dabei gleichgültig, ob der spätere Act schon von Anfang an in dem Plane des Handelnden gelegen, oder ob er sich erst, nachdem er die Vollendung hervorgebracht zu haben glaubte, zu demselben entschlossen hatte. Denn wenn er sich zu dem späteren Acte nur in der Meinung entschließen konnte, die Vollendung hervorgebracht zu haben, so ist derselbe auch aus dem Willen, dieselbe hervorzubringen, hervorgegangen [9]). Auch liegt es

---

Jemand, der glaubt, einen Erfolg bereits hervorgebracht zu haben, unmöglich die Vorstellung haben kann, daß er denselben möglicher Weise hervorbringen werde.

8) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 263 ff. und Pfotenhauer, Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit vorsätzlicher Verbrechen, Abtheil. II. S. 113 ff.

9) Das ist selbst in dem Falle wahr, da den Handelnden, nachdem er die Vollendung hervorgebracht zu haben vermeint, die Reue ergreift, und der spätere die Vollendung wirklich hervorbringende Act nicht vorgenommen sein würde, wenn er nicht geglaubt hätte, daß die Vollendung doch nicht wieder ungeschehen gemacht werden könne. Dagegen ist es natürlich keine Vollendung des dolosen Verbrechens, wenn der Handelnde nicht glaubt, die Vollendung bereits hervorgebracht zu haben, und den späteren Act, durch welchen sie hervorgebracht wird, nicht vornimmt, um sie noch hervorzubringen; z. B. wenn er, nachdem er in mörderischer

auf der Hand, daß es der Absicht des Handelnden nicht entgegen, sondern gerade gemäß ist, daß die Vollendung wirklich hervorgebracht worden ist.

Zur Vollendungshandlung des culposen Verbrechens ist in subjectiver Hinsicht erforderlich, daß der Handelnde es sich bei ihr als möglich vorgestellt habe, daß er mit ihr die verbotene Einwirkung auf die Außenwelt hervorbringen werde. Auch hier sind die einzelnen aus dem nämlichen Willen hervorgegangenen Acte, in welche die Handlung unterschieden werden kann, als eine einzige Handlung zu betrachten. Daher ist eine Vollendungshandlung des culposen Verbrechens nicht bloß in dem Falle vorhanden, da die Vollendung durch den Act hervorgebracht wurde, von welchem sie als möglich erwartet wurde, sondern auch in dem Falle, da sie durch einen späteren Act hervorgebracht wurde, der nur in der Voraussetzung, daß sie bereits hervorgebracht sei, unternommen gewesen war [10]).

§. 62.

c) Objective Beschaffenheit der Vollendungshandlungen.

Die objective Beschaffenheit der Vollendungshandlungen besteht in dem Causalzusammenhange, der zwischen ihnen und der Vollendung Statt findet. Für eine Vollendungshandlung kann nur diejenige Handlung gelten, in welcher die Ursache der wirklich hervorgebrachten Vollendung gefunden werden kann. Ob eine Handlung eine Vollendungshandlung sei, kann nur unter der Voraussetzung in Frage kommen, daß die verbotene

---

Absicht Wunden beigebracht, sich plötzlich eines Anderen besinnt und in der Absicht, den Tod zu verhindern oder sich die Flucht zu sichern, Handlungen vornimmt, durch welche er herbeigeführt wird.

10) Wenn z. B. Jemand einen Anderen durch das unvorsichtige Abschießen einer Flinte getödtet zu haben glaubt und den vermeintlichen Leichnam in das Wasser wirft, um ihn bei Seite zu schaffen.

Einwirkung auf die Außenwelt in der Weise vorliegt, welche nach Maßgabe des Gesetzes für die Vollendung genommen werden kann. Daß diese Einwirkung nicht vollständig hervorgebracht wird, ungeachtet der Wille dazu vorhanden war, kann seinen Grund Theils darin haben, daß es ohne Wissen des Handelnden an den äußeren factischen Verhältnissen und Umständen fehlte, ohne welche jene Einwirkung nicht hervorgebracht werden konnte [1]); Theils darin, daß ungeachtet des Vorhandenseins jener Verhältnisse und Umstände nicht so gehandelt wurde, als zur Hervorbringung jener Einwirkung gehandelt werden mußte [2]); Theils endlich darin, daß ein äußerer Umstand hinzukam, durch welchen die Wirksamkeit der Handlung aufgehoben wurde [3]). Der Causalzusammenhang zwischen der Handlung und der Vollendung besteht darin, daß diese als Folge auf jene als Ursache zurückgeführt werden kann. Es kann daher nicht von einer Vollendungshandlung die Rede sein, wenn die äußere Einwirkung, welche in dem Willen des Handelnden gelegen, zwar vollständig eingetreten ist, aber nicht durch die Handlung, sondern durch andere von dem Handelnden unabhängige Ursachen bewirkt worden ist [4]).

Zunächst gehört hierher der Fall, da die Wirksamkeit der Ursachen, welche die von dem Handelnden gewollte Ein-

---

1) Z. B. wenn bei einer beabsichtigten Tödtung der zu Tödtende bereits todt war, oder wenn bei einem beabsichtigten Ehebruche die Ehe wider Wissen des Concumbenten gar nicht als gültige Ehe bestanden hatte oder durch den Tod bereits gelöst war.

2) Z. B. wenn der Mörder gar nicht zum wirklichen Führen des Streiches kommt, oder wenn er vorbeischießt oder eine Wunde beibringt, die nicht schwer genug war, den Tod zu bewirken.

3) Z. B. wenn das eingegebene Gift durch Gegengift paralysirt wurde, oder wenn das angelegte Feuer durch zeitiges Löschen erstickt wurde.

4) Vgl. Köstlin a. a. O. §. 132, und meine Abhandlungen, II. S. 262 ff.

wirkung wirklich hervorbringen, mit der Handlung in gar keinem Zusammenhange steht [5]). Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob die Einwirkung auch durch die Handlung hervorgebracht worden sein würde, wenn sie nicht schon in Folge jener Ursachen eingetreten gewesen wäre: oder ob sie ohne dieselben nicht zur Existenz gekommen sein würde. Denn die Wahrscheinlichkeit oder selbst die Gewißheit, daß ein Erfolg eingetreten sein würde, kann nicht für das wirkliche Eintreten desselben, und mithin die Handlung, die ihn hervorgebracht haben würde, nicht für eine Vollendungshandlung, die ihn wirklich hervorgebracht, angesehen werden [6]).

---

5) Z. B. Wenn das Haus, an welchem Feuer angelegt wurde, durch die damit nicht zusammenhängende Brandstiftung eines Anderen oder durch den Blitz wirklich in Brand gebracht wurde.

6) Hinsichtlich des Verbrechens der Tödtung wird hier viel gestritten. Wächter, §. 162, S. 125 behauptet, daß eine vollendete Tödtung begehe, wer einem Anderen eine Wunde beibringe, die den Tod unausbleiblich zur Folge habe haben müssen, wenn auch der Tod nicht unmittelbar durch diese Wunde, sondern durch ein anderes Ereigniß herbeigeführt werde. Wenn dieses Ereigniß in der von einem Anderen beigebrachten Wunde bestehe, so seien Beide, der zuerst und der zuletzt Verwundende, der vollendeten Tödtung schuldig. Allein Ulpian sagt in L. 11. §. 3. L. 15. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) ausdrücklich, daß der zuerst Verwundende nicht wegen Tödtung hafte, wenn der Tod durch ein anderes Ereigniß, z. B. durch Einsturz des Hauses, oder Schiffbruch, oder durch die von einem Anderen beigebrachte Wunde herbeigeführt worden sei. Ueber die scheinbar entgegenstehende Entscheidung von Julian in L. 51. pr. §. 1. 2. D. eod. vgl. meine Abhandlungen, II. S. 264 ff. Auch in der P.G.O. Art. 147 wird zur vollendeten Tödtung verlangt, daß der Getödtete „der geklagten Streiche halber" gestorben sei. Die neueren Gesetzbücher erkennen das auch an, indem sie nur die Wunden für tödtlich erklären, die den Tod wirklich verursacht haben. Nur das Würtemb. G.B. Art. 235 macht eine Ausnahme, indem es eine Beschädigung für tödtlich erklärt, nicht nur, wenn sie den Tod wirklich herbeigeführt hat, sondern auch, wenn sie denselben herbeigeführt haben

Umgekehrt aber kann eine Handlung, die ihn wirklich hervorgebracht, nicht darum aufhören, eine Vollendungshandlung zu sein, weil der Erfolg auch ohne sie aus anderen Ursachen eingetreten sein würde. Denn es wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß er wirklich durch die Handlung hervorgebracht worden war [7]).

Ferner gehört hierher der Fall, da die Ursachen, welche den Erfolg wirklich hervorbringen, zwar ohne die Handlung nicht in Wirksamkeit getreten sein würden, aber nicht durch dieselbe in Wirksamkeit gesetzt wurden. Denn daraus, daß die den Erfolg hervorbringenden Ursachen ohne die Handlung nicht in Wirksamkeit getreten sein würden, folgt nicht, daß sie durch dieselbe in Wirksamkeit gesetzt seien. Wenn in einem anderen, nicht schon bei der Handlung vorhandenen, sondern erst zu derselben hinzutretenden Umstande die Veranlassung liegt, daß sie gerade die Folge hatte, jene Ursachen in Bewegung zu setzen, so daß, wenn dieser Umstand nicht hinzugetreten wäre, diese Ursachen nicht in Wirksamkeit gesetzt worden sein würden, so liegt eben in jenem Umstande und nicht in der Handlung die Ursache, daß dieselben in Wirksamkeit gesetzt worden sind [8]). Der Erfolg ist alsdann zwar in Folge, aber nicht als Folge der Handlung entstanden und

würde, wenn er nicht durch ein anderes Ereigniß zeitiger bewirkt worden wäre. Vgl. dagegen Köstlin a. a. O. S. 461.

7) Daher ist es unbestreitbar vollendete Tödtung, wenn ein Todtkranker oder zum Tode Verurtheilter getödtet wird.

8) Darum ist es keine vollendete Tödtung, wenn der Verwundete nicht an den Wunden, sondern an der schlechten Behandlung des Arztes stirbt, obgleich er ohne die Verwundung dem Arzte gar nicht in die Hände gefallen sein würde. Ebenso begeht der zuerst Verwundende keine vollendete Tödtung, wenn der Verwundete noch eine andere Wunde erhält, welche mit der früheren zusammen den Tod verursacht. Ueber den Fall, da zwischen beiden Verwundenden Theilnahme Statt findet, siehe weiter unten.

kann darum mit ihr nicht in Causalzusammenhange stehen [9]). Dagegen ist Causalzusammenhang immer vorhanden und es also für eine Vollendungshandlung zu nehmen, wenn der Umstand, durch welchen die Wirksamkeit jener Ursachen veranlaßt wird, nicht von außen zu der Handlung hinzutritt, sondern entweder durch dieselbe hervorgerufen oder bereits vorhanden war, als die Handlung unternommen wurde [10]). Ob er dem Handelnden bekannt war oder nicht, ist für das Dasein des Causalzusammenhanges an und für sich gleichgültig; denn auch wenn er denselben nicht gekannt hat, bleibt es wahr, daß er durch seine Thätigkeit die Wirksamkeit dieses Umstandes und damit die Ursachen in Bewegung gesetzt hat, aus welchen der Erfolg hervorgegangen ist. Aber es wird durch diese Unbekanntschaft die Vorstellung von dem Causalzusammenhange und damit die verbrecherische Willensbestimmung oder der subjective Thatbestand des Verbrechens ausgeschlossen.

Endlich gehört hierher der Fall, da es zweifelhaft ist, ob der eingetretene Erfolg durch die Handlung hervorgebracht, oder ob er aus anderen Ursachen, deren Wirksamkeit nicht mit zur Handlung gerechnet werden kann, eingetreten sei. Denn der zweifelhafte Causalzusammenhang muß rechtlich als gar nicht vorhanden angesehen werden.

---

9) S. meine Abhandlungen, II. S. 316 ff.

10) S. meine Abhandlungen, II. S. 326 ff. Deßwegen ist in dem Note 8 angeführten Beispiele Derjenige, der die zweite Wunde zufügt, Urheber der vollendeten Tödtung, ebenso wie Derjenige, der eine Wunde zufügt, die bloß wegen der individuellen Körperbeschaffenheit des Getödteten tödtlich war. L. 7. §. 5. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) Mit Unrecht behauptet Köstlin a. a. O. S. 462, daß in dem Beispiele der Note 8 beide Verwundende als Urheber der vollendeten Tödtung angesehen werden müßten.

§. 63.

B. Urheberschaft des Versuchs.

a) Begriff des Versuchs.

Der Versuch des Verbrechens ist die mit dem Willen, es zu vollenden, begangene Handlung, durch welche die Vollendung nicht hervorgebracht worden ist [1]). Der Versuch ist die Uebertretung des nämlichen Strafgesetzes, welches durch die Vollendung übertreten wird. Denn was eine Handlung zum Verbrechen macht, ist der Wille, die in dem Verbote gemeinte Handlung zu begehen. Und dieser Wille ist dem angegebenen Begriffe zufolge bei dem Versuche der nämliche, als bei der Vollendung. Sowie in einer Gesetzgebung dieses wahre Wesen des Verbrechens erkannt ist, muß in ihr die Strafbarkeit des Versuches anerkannt sein. Straflos kann der Versuch nur erscheinen, so lange diejenigen Verbrechen, durch welche Einzelne in ihren subjectiven Rechten verletzt werden, hauptsächlich als eine Verletzung dieser Rechte und als eine Privatsache zwischen Verletzendem und Verletztem aufgefaßt werden [2]). In der gemeinrechtlichen Gesetzge-

---

1) S. über den Versuch im Allgemeinen: Zachariä, die Lehre vom Versuche des Verbrechens, 2 Theile, 1836 u. 1839; meine Abhandlungen, Bd. I. 1836; Pfotenhauer, der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen, 1838; Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1. Bd. 1840, S. 307 ff. Köstlin, neue Revision, 1845, S. 339 ff.

2) Daher konnte das römische Recht keinen strafbaren Versuch des furtum annehmen, soweit dasselbe als ein Privatdelict aufgefaßt wurde, wegen dessen der Verletzte eine nach der Größe des Gestohlenen sich richtende Geldstrafe einklagen konnte; vgl. meine Abhandl. I. S. 188 ff.; ebenso keinen Versuch der Injurie; vgl. meine Abhandl. I. S. 120. Insofern der Versuch schon an sich eine Verletzung subjectiver Rechte enthält, kann er bei dieser Auffassung allerdings auch strafbar sein: aber seine Strafbarkeit muß geringer erscheinen, weil er noch nicht

bung [3]) und in allen teutschen Particulargesetzgebungen ist die Strafbarkeit des Versuches entschieden anerkannt. Nach teutscher Rechtsansicht ist die Strafbarkeit des Versuches eine etwas geringere als die des vollendeten Verbrechens, weil der Versuch, wenn er auch in subjectiver Hinsicht der Vollendung gleich steht, doch in objectiver Hinsicht eine geringere oder gar keine Störung der Rechtsordnung hervorbringt. Es läßt sich aber darum nicht sagen, daß das teutsche Recht noch nicht bis zur vollständigen Erkenntniß des wahren Wesens des Verbrechens gelangt sei. Denn indem es auf der einen Seite die willenlose Hervorbringung eines Erfolges nicht bestraft, und auf der anderen Seite den Versuch im Allgemeinen mit Strafe bedroht, erkennt es an, daß es der verbrecherische Wille ist, der die Handlung zum Verbrechen macht. Auch ist das Maß, in welchem es den Versuch geringer bestraft als die Vollendung, nicht so bedeutend, daß

---

die vollständige Verletzung enthält. Vergl. meine Abhandlungen, I. S. 306 ff.

3) P. G. O. Art. 178. Nach der gewöhnlichen Lehre, der ich in meinen Abhandl. I. S. 522 gefolgt bin, ist in der Carolina die Strafbarkeit des Versuches nur anerkannt hinsichtlich solcher Verbrechen, auf welche peinliche Strafe steht, wofür auch die Lehre der italienischen Praktiker, welche nur bei den delicta atrocia einen strafbaren Versuch annehmen, zu sprechen scheint. Vgl. Hefftter, Lehrbuch, §. 76, Note 5. Zachariä a. a. O. §. 95. Indessen heißt es in dem Art. 178, daß die unterstandene Missethat peinlich zu bestrafen sei, nicht aber, daß nur Derjenige zu bestrafen sei, der sich einer peinlichen Missethat unterstehe. Daher muß wohl unter der peinlichen Strafe, welche der unterstandenen Missethat angedroht wird, öffentliche Strafe im Gegensatze bloßer Privatstrafe verstanden werden; s. oben §. 20, Note 4. Darnach wäre in der Carolina die Strafbarkeit des Versuchs ganz allgemein und ohne Beschränkung auf die schwereren Verbrechen anerkannt. Auch hat die Praxis diese Beschränkung nicht anerkannt, so wie sie auch in den neuen Gesetzbüchern nicht gemacht wird.

die Berücksichtigung des von dem Willen unabhängigen objectiven Momentes, ob nämlich der gewollte Erfolg wirklich eintritt, oder nicht, überwiegend erschiene [4]). Sie hat, diese Berücksichtigung des Objectiven, ihre Rechtfertigung in dem geschichtlichen Entwickelungsgange des teutschen Strafrechtes, in welchem die öffentliche Strafe der Rechtsverbrechen sich aus der dem Verletzenden oder seiner Familie zu gewährenden Privatgenugthuung herausgebildet hat [5]).

§. 64.

b) Subjective Beschaffenheit der Versuchshandlungen.

Bei jeder Versuchshandlung wird vorausgesetzt, daß der Handelnde den Willen der Vollendung gehabt habe. Dieser Wille ist die subjective Eigenschaft der Versuchshandlung. Er ist entweder dolus oder culpa, je nachdem die Vollendung in der Absicht des Handelnden gelegen hatte, oder nur als möglicher Weise eintretend von ihm gewollt worden war. Es kommt darnach der Versuch des dolosen und der des culposen Verbrechens in Frage.

Der Versuch des dolosen Verbrechens besteht darin, daß der Urheber mit der Absicht handelt, die Vollendung hervorzubringen. Wie es überhaupt nur bestimmten dolus giebt [1]), so kann auch nur mit dem bestimmten dolus, dieses oder jenes Verbrechen zu vollenden, ein Versuch begangen werden.

---

4) In der P. G. O. Art. 178 wird anerkannt, daß die Strafe des Versuchs selbst bis zur Todesstrafe gehen könne. Seine geringere Strafbarkeit liegt also nur in der minder grausamen Weise, in welcher dieselbe vollzogen wird. Bedeutender wird der Unterschied noch in den neuen Gesetzbüchern, welche keine geschärfte Todesstrafe mehr zulassen. Denn alsdann kann die Strafe des Versuchs überhaupt nicht bis zu Todesstrafe gehen.

5) S. oben S. 71.

1) S. oben §. 26.

Diejenigen, die einen unbestimmten dolus annehmen, behaupten zwar, daß mit demselben auch ein Versuch begangen werden könne. Allein sie machen sich damit nach ihrem eigenen Standpuncte eines Widerspruches schuldig. Denn wenn die Bedeutung des unbestimmten dolus darin bestehen soll, daß gerade der eingetretene Erfolg dem Handelnden zum dolus zugerechnet werden soll, so muß es im Falle eines nicht eingetretenen Erfolges an jedem Anhaltepuncte darüber fehlen, was dem Handelnden zum dolus zugerechnet werden solle [2]).

---

2) Zachariä a. a. O. §. 29 macht keinen Unterschied zwischen alternativem und eventuellem dolus, und behauptet, daß im Falle eines nicht eingetretenen Erfolges ein Versuch in Beziehung auf den schlimmsten der Erfolge, auf welche zusammen der unbestimmte dolus gerichtet gewesen, angenommen werden müsse. Allein wenn dieser schlimmste Erfolg unberücksichtigt geblieben wäre, Falls der geringere Erfolg wirklich hervorgebracht worden wäre, so ist nicht einzusehen, warum, wenn der geringere Erfolg nicht hervorgebracht ist, die Strafbarkeit nach dem schlimmsten Erfolge bestimmt werden soll. Nach der Ansicht von Zachariä könnte es kommen, daß der mit unbestimmtem dolus Handelnde, wenn er gar keinen Erfolg hervorgebracht, härter bestraft werden müßte, als wenn er einen Erfolg hervorgebracht hätte. — Bauer, Abhandlungen, Bd. I. S. 328 ff. behauptet zwar, daß der Versuch in der Regel bestimmten dolus erfordere, scheint aber doch einen Versuch wenigstens bei dem alternativen dolus nicht in Abrede stellen zu wollen. Er giebt aber nicht an, in Beziehung auf welchen der mehreren Erfolge ein Versuch angenommen werden müsse. Auf der einen Seite behauptet er, daß man nicht gerade den schlimmsten zum Maßstabe der Strafzumessung nehmen könne. Auf der anderen Seite scheint er auch nicht gerade den leichtesten zum Maßstabe nehmen zu wollen, indem er den Versuch wegen seiner größeren Gefährlichkeit doch härter bestrafen will. Er scheint sich in der Mitte zwischen dem leichtesten und dem schwersten Erfolge halten zu wollen. Damit würde aber dem Verbrecher eine Absicht angedichtet, die er entschieden nicht gehabt hat. — Köstlin a. a. O. S. 345 ff. unterscheidet zwischen alternativem und eventuellem dolus. Bei dem ersteren will er, wenn kein Erfolg eingetreten ist, wie Zachariä, einen Versuch

Es giebt Verbrechen, bei welchen die einem Anderen zugefügte Rechtsverletzung, die zu ihrem Begriffe gehört, in verschiedener Größe vorkommen kann und die Strafe im einzelnen Falle nach der Größe der zugefügten Rechtsverletzung bestimmt wird. Bei dem Versuche dieser Verbrechen ist es möglich, daß der Handelnde selbst noch keine bestimmte Vorstellung hat von der Größe der Rechtsverletzung, die er zufügen werde [3]). Es kann aber darum kein Versuch derselben

---

in Beziehung auf den schwersten Erfolg annehmen. Hinsichtlich des letzteren stellt er eine Theorie auf, die wenigstens das Recht der Consequenz für sich hat. Bei dem eventuellen dolus sei immer eine Concurrenz von Verbrechen vorhanden, indem der Handelnde den einen Erfolg mit dolus determinatus, den anderen mit dolus eventualis beabsichtige. Diese Concurrenz könne, wie auch von mir hinsichtlich der culpa dolo determinata nachgewiesen worden (s. oben §. 39), nur vorkommen hinsichtlich zweier solcher Erfolge, die neben einander bestehen können. Wenn beide Erfolge eingetreten, so seien zwei consummirte Delicte begangen. Wenn keiner derselben eingetreten, so sei in Beziehung auf jeden derselben ein Versuch begangen. Wenn nur einer dieser Erfolge eingetreten, so sei ein vollendetes Verbrechen in Concurrenz mit einem Versuche begangen. Ich selbst habe schon oben, S. 252, behauptet, daß man zu diesen Consequenzen kommen müsse, wenn man einmal einen dolus eventualis annehme. Ich kann aber nicht zugeben, daß das dolus sei, was Köstlin eventuellen dolus nennt. Denn es ist nur culpa und nicht dolus, wenn Jemand einen Erfolg nur als möglich vorhersieht und in denselben eventuell willigt. Berner, Grundlinien der Imputationslehre, dem Köstlin hier folgt, macht sich selbst das Bedenken, ob darin nicht bloße culpa liege. Er beseitigt aber dasselbe durch die Voraussetzung, daß der Handelnde seine Handlung vielleicht auch ausgeführt haben würde, wenn er dem Erfolge mit Gewißheit habe entgegensehen müssen. Wenn aber der Unterschied zwischen eventuellem dolus und culpa nur auf diesem „Vielleicht" beruht, so steht er offenbar auf sehr schwachen Füßen. In den Fällen, die Köstlin zum dolus eventualis rechnet, ist entweder culpa dolo determinata (s. darüber oben §. 39), oder ein zweifacher dolus determinatus vorhanden.

3) Es gehören hierher namentlich Körperverletzungen und Diebstähle,

mit unbestimmtem dolus angenommen werden: Denn wenn nicht der Begriff des Verbrechens, sondern nur die Größe seiner Strafe abhängig ist von der Größe der hervorgebrachten Rechtsverletzung, so hat Derjenige, der überhaupt eine Rechtsverletzung dieser Art beabsichtigt auch ohne eine bestimmte Vorstellung von der Größe derselben, den bestimmten dolus, dieses Verbrechen hervorzubringen. Wenn er nur eine Rechtsverletzung geringerer Größe hervorbringt, wird er geringer bestraft werden müssen, als wenn er eine Rechtsverletzung von bedeutenderer Größe hervorgebracht hätte. Wenn er gar keine Rechtsverletzung dieser Art hervorbringt, aber dieselbe beabsichtigt hatte, hat er einen Versuch dieses Verbrechens begangen, der noch geringer wird bestraft werden müssen, als wenn er eine Rechtsverletzung dieser Art von geringster Größe hervorgebracht hätte. Er wird aber nicht darum geringer bestraft, weil er keine bestimmte Größe der Rechtsverletzung beabsichtigt hatte, und im Zweifel anzunehmen wäre, daß die Absicht auf das Geringste gerichtet gewesen sei, sondern weil die Strafe nach der Größe der hervorgebrachten Rechtsverletzung, an welcher es hier gänzlich fehlt, bestimmt wird [1]). Auch wenn es bei Verbrechen

---

Insofern bei den ersteren nicht besondere Arten derselben als besondere Verbrechen hervorgehoben sind (s. darüber Note 5 in diesem §.), wird der Begriff des Verbrechens nicht verändert durch die größere oder geringere Schwere der Verletzung. Ebenso ist der Begriff des Diebstahls nicht von der größeren oder geringeren Summe des Gestohlenen abhängig. In den meisten Fällen wird der Verbrecher selbst nicht genau wissen, wie groß die von ihm anzurichtende Rechtsverletzung sein werde.

4) Von den neueren Gesetzbüchern haben nur das Würtembergische, das Braunschweigsche und das Hannoversche eine auf diesen Fall bezügliche Bestimmung. Das Würtemb. G.B. Art. 67 schreibt Gefängniß vor, wenn sich nicht ausmitteln lasse, welcher Schaden beabsichtigt worden, oder durch die vollbrachte That gestiftet worden wäre. Das Braunschw.

dieser Art ausgemacht wäre, daß eine größere Rechtsverletzung in der Absicht gelegen, während nur eine geringere hervorgebracht worden, würde nicht ein Versuch, diese grö-

---

G.B. §. 39 bestimmt, daß nur die auf das Verbrechen gesetzte gelindeste Strafe als Maßstab für die Strafe des Versuches dienen solle, wenn über die Größe der Beschädigung eine bestimmte Absicht des Thäters nicht vorliege. Beide Gesetzgebungen gehen von der Ansicht aus, daß die Strafe des Versuches eigentlich ausgemessen werden müsse nach der beabsichtigten Größe der Rechtsverletzung, und daß nur in Ermangelung eines bestimmten Anhaltepunctes darüber angenommen werden solle, daß die Absicht auf die geringste Größe gerichtet gewesen sei. Wenn bei den Verbrechen dieser Art die beabsichtigte, aber nicht wirklich hervorgebrachte Größe der Rechtsverletzung in Betracht kommen könnte, so müßte man in dem Falle, da der Dieb mehr hinwegnehmen wollte, als er wirklich hinwegnahm, ihn nicht bloß wegen des vollendeten kleineren, sondern zugleich auch wegen des versuchten größeren Diebstahls bestrafen, was Niemandem einfallen wird. Umgekehrt kann es auch nicht in Betracht kommen, wenn er weniger entwenden wollte, als er wirklich entwendete. L. 21. §. 2. D. de furtis. (XLVII. 2.) Nur können freilich solche Sachen, in Beziehung auf welche der Dieb gar nicht den animus lucri faciendi hatte, nicht mit in die Größe des Diebstahls eingerechnet werden. Vgl. auch Wächter, Lehrbuch, §. 190, Note 65 d, und Pfotenhauer a. a. O. S. 102, Note 46. — Das Hannov. G.B. Art. 302 will bei Diebstählen die Strafe des Versuchs darnach bestimmt haben, wie hoch sich der Werth des Entwendeten im Falle der Vollendung nach Wahrscheinlichkeit belaufen haben würde. Allein in den meisten Fällen wird es schwer halten, nur einigen Anhaltepunct für diese Wahrscheinlichkeit zu finden. — Im römischen Recht wird es als eine Injurie bestraft, wenn Jemand in diebischer Absicht in fremde Wohnungen geht, ohne seinen Zweck zu erreichen. Das ältere teutsche Recht läßt in diesem Falle die Strafe des kleinen Diebstahls eintreten. Vgl. meine Abhandlungen, I. S. 191 u. 385. Beide haben wenigstens darin Recht, daß sie nicht die beabsichtigte Größe des Entwendeten berücksichtigen. Der Auffassung als Injurie widerspricht aber die Wirklichkeit, weil es auf keine Injurie dabei abgesehen ist. Die Strafe des vollendeten kleinen Diebstahls eintreten zu lassen, ist darum nicht ganz richtig, weil doch kein vollendeter kleiner Diebstahl damit begangen wird.

ßere Rechtsverletzung hervorzubringen, sondern nur die Vollendung der wirklich hervorgebrachten Rechtsverletzung angenommen werden können, weil bei diesen Verbrechen nicht die beabsichtigte, sondern nur die wirklich hervorgebrachte Größe der Rechtsverletzung von Bedeutung ist [5]).

Dagegen ist es zum Versuche nicht nothwendig, daß der dolus ein prämeditirter sei. Es kann vielmehr ein Versuch

---

5) Anders verhält sich die Sache, wenn durch die Größe der Rechtsverletzung zugleich eine besondere Art derselben gebildet wird, deren Hervorbringung ein besonderes Verbrechen ausmacht, wie z. B. nach den neuen Gesetzbüchern solche Körperverletzungen, durch welche der Beschädigte des Gesichtes, des Gehöres, der Sprache, der Zeugungsfähigkeit beraubt, oder durch welche er zu seinen Berufsarbeiten untauglich geworden, als solche besondere Verbrechen aufgefaßt werden müssen. Weil hier durch die Größe der Rechtsverletzung eine besondere Art derselben gebildet wird, muß der Wille besonders auf diese Größe gerichtet sein, damit dieses besondere Verbrechen begangen werde. Wie ohne diesen Willen die Vollendung dieses Verbrechens nicht möglich ist, so muß auch, wenn die Vollendung nicht erreicht ist, eine mit demselben begangene Handlung als Versuch dieses Verbrechens angesehen werden. — Zachariä a. a. O. §. 144 und Pfotenhauer a. a. O. S. 103 bringen die hier erörterte Frage nicht ganz unter den richtigen Gesichtspunct. Wenn das Gesetz verschiedene Grade oder Species des nämlichen Verbrechens unterscheide und der Verbrecher ein dem Grade nach geringeres Delict hervorbringe, als er beabsichtigt habe, so sei zu unterscheiden, ob die Grade nach objectiven oder nach subjectiven Rücksichten bestimmt seien. Im ersteren Falle komme nur das wirklich Hervorgebrachte, nicht auch das weiter Beabsichtigte in Betracht, während im letzteren Falle neben der Vollendung des Hervorgebrachten noch ein Versuch des Beabsichtigten anzunehmen sei. Allein woran wollen die genannten Verfasser erkennen, ob die Grade des Verbrechens nach subjectiven oder nach objectiven Rücksichten abgestuft seien? Ob die auf eine bestimmte Größe der Verletzung gerichtete Absicht einen Versuch begründe oder nicht, kann nur darnach entschieden werden, ob durch diese Größe ein besonderes Verbrechen gebildet wird, so daß bei einer Verletzung anderer Größe ein seinem Begriffe nach verschiedenes Verbrechen vorliegen würde.

auch mit affectvollem dolus begangen werden. Denn der Inhalt des dolus ist bei der Prämeditation kein anderer, als bei dem Affecte, indem dieser nur der Beweggrund ist, durch welchen der Wille plötzlich bestimmt wird [6]). Es kann sich allerdings Jemand im Affecte zu einer Handlung entschließen, ohne dabei die Vorstellung zu haben, daß er mit Bestimmtheit einen gewissen Erfolg hervorbringen werde. Und in diesem Falle kann weder bei wirklicher Hervorbringung dieses Erfolges von Vollendung des dolosen Verbrechens, noch bei Nichthervorbringung desselben von einem Versuche des dolosen Verbrechens die Rede sein. Aber es wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß auch im Affecte eine bestimmte Vorstellung von dem hervorzubringenden Erfolge möglich sei, und daß also in demselben sowohl Vollendung als Versuch des dolosen Verbrechens begangen werden könne [7]).

Von einem Versuche des culposen Verbrechens würde in dem Falle gesprochen werden können, da der von dem Handelnden als möglich vorhergesehene Erfolg nicht wirklich eingetreten wäre. Aus dem Begriffe des Versuches und der

---

6) S. oben §. 37.

7) Wer die Möglichkeit eines Versuches im Affecte leugnet, denkt gewöhnlich nur an den im Affecte des Zorns begangenen Todtschlag, weil der Thäter hier keine bestimmte klare Absicht habe. Vgl. Mittermaier, im neuen Archiv des C.R. IV. S. 18. Es kann allerdings weder von Vollendung, noch von Versuch der dolosen Tödtung die Rede sein, wenn der Handelnde nicht die bestimmte Absicht hatte, zu tödten, indem vielmehr in diesem Falle nach den oben S. 265 f. aufgestellten Grundsätzen entschieden werden muß. Aber wenn der im Affecte Handelnde die Absicht, zu tödten, entschieden hat, muß auch ein Versuch des Todtschlags angenommen werden. Bei anderen Affecten, z. B. dem der Sinnlichkeit und der Habsucht, wird es Niemand bezweifeln, daß mit ihnen eine bestimmte Absicht bestehen und also auch ein Versuch begangen werden könne. Vgl. auch Hepp, Versuche, S. 298; Zachariä a. a. O. §. 30 und Köstlin a. a. O. S. 349 ff.

culpa folgt an und für sich nicht, daß der Versuch eines culposen Verbrechens nicht begangen werden könne. Denn auch dem culposen Verbrechen liegt der Wille zu Grunde, das Verbotene hervorzubringen [8]). Dieser Wille wird nicht dadurch aufgehoben, daß der als möglich vorhergesehene Erfolg nicht wirklich eintritt. Es würde mithin in Beziehung auf den nicht wirklich hervorgebrachten, aber als möglich vorhergesehenen Erfolg der Versuch eines culposen Verbrechens angenommen werden können [9]). Aber in dem gemeinen Rechte ist nur der Versuch des dolosen Verbrechens mit Strafe bedroht, indem zur Strafbarkeit verlangt wird, daß die Vollendung wider des Thäters Willen unterblieben sei [10]).

---

8) S. oben §. 38.

9) Die Mehrzahl der Criminalisten sucht die Unmöglichkeit eines Versuches culposer Verbrechen aus der Natur der Sache zu deduciren. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 23—28; Köstlin a. a. O. S. 340 ff. Sie berufen sich Theils auf das Wort „Versuch," indem sich nur von Demjenigen, der etwas bezwecke, sagen lasse, daß er etwas versuche, Theils auf den Grundsatz, daß zu jedem culposen Verbrechen der Eintritt eines gewissen Erfolges gehöre. Allein unverkennbar ist darin eine petitio principii enthalten. Namentlich behauptet Köstlin, daß nur hinsichtlich einer wirklich eingetretenen Folge die Frage entstehen könne, ob sie habe vorher bedacht werden können und sollen. Allein die als möglich vorhergesehene Folge ist immer, auch wenn sie nicht eintritt, vorher bedacht gewesen. Dagegen wird von Hepp, Versuche, S. 259 ff., die Möglichkeit des Versuches eines culposen Verbrechens behauptet. In meinen Abhandlungen, I. S. 266 und II. S. 560 habe ich auch die Möglichkeit des Versuches eines culposen Verbrechens in Abrede gestellt, weil bei der culpa der Erfolg nicht auf jeden Fall, sondern nur unter der Voraussetzung, daß er wirklich eintrete, in dem Willen liege. Allein es läßt sich nur sagen, daß bei der culpa das Nichteintreten des Erfolgs nicht gegen den Willen des Handelnden geschieht. Dagegen kann durch das Nichteintreten desselben nicht wieder aufgehoben werden, daß mit culposem Willen gehandelt war.

10) P.G.O. Art. 178.

Bei dem culposen Verbrechen wird zwar die Vollendung mit des Thäters Willen hervorgebracht, weil auch derjenige Erfolg ein gewollter ist, den der Handelnde als mögliche Folge seines Handelns vorhergesehen hatte: aber wenn dieser Erfolg nicht eintritt, unterbleibt die Vollendung doch nicht wider des Thäters Willen, weil er auch das Nichteintreten des Erfolges als möglich vorhergesehen und folglich gewollt hatte. Wie im gemeinen Rechte so ist auch in allen neuen Gesetzbüchern von einem strafbaren Versuche nur hinsichtlich doloser Verbrechen die Rede [11]). Versuche culposer Verbrechen oder mit anderen Worten Handlungen, durch welche möglicher Weise ein verletzender Erfolg herbeigeführt werden kann, können daher nur als selbstständige Polizeiverbrechen bestraft werden.

§. 65.

c) Objective Beschaffenheit der Versuchshandlungen.

α) Anfangspunct des Versuches.

Die objective Eigenschaft der Versuchshandlungen besteht in den äußeren Merkmalen, die eine Handlung an sich tragen muß, um für einen Versuch angesehen werden zu können. Der Versuch ist strafbar, weil ihm der Wille der Vollendung zu Grunde liegt. Daraus ergiebt sich, daß eine Versuchshandlung so beschaffen sein muß, daß aus ihr der Wille der Vollendung erkannt werden kann. Nach diesem Principe muß die Frage entschieden werden, wo der Anfangspunct des strafbaren Versuches liege oder wie weit der Handelnde

11) Bayersch. G.B. Art. 57. Sächs. G.B. Art. 26. Hannov. G.B. Art. 33. Großh. Hess. G.B. Art. 64. Braunschweig. G.B. §. 36. Im Würtemberg. G.B. Art. 62 ist zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß zum Versuche die Absicht der Vollendung gehöre; es folgt aber aus Art. 58, wo zur Strafbarkeit der Fahrlässigkeit erfordert wird, daß eine Rechtsverletzung entstanden sei.

bereits in seiner Thätigkeit vorgeschritten sein müsse, um wegen versuchten Verbrechens bestraft werden zu können. Das Gebiet des Versuches liegt zwischen dem Gedanken, der noch nicht in äußere Handlungen ausgebrochen und darum dem Rechte nicht anheim fällt, und zwischen der Vollendung des Verbrechens, bei welcher nicht mehr vom Versuche die Rede sein kann. Die Ausgangsgränze des Versuches, an welcher derselbe in die Vollendung übergeht, kann darnach, wenigstens dem Principe nach, nicht zweifelhaft sein. Dagegen ist die Frage, ob jede aus dem Willen der Vollendung hervorgegangene äußere Handlung als strafbarer Versuch angesehen werden müsse. Dabei ist zuvörderst klar, daß nur von solchen Handlungen, die nach der Vorstellung des Handelnden zur Erreichung dieses Willens beitragen sollten, angenommen werden kann, sie seien aus dem Willen der Vollendung hervorgegangen. Denn wie der Wille in der Entschließung zu einer Handlung besteht mit der Vorstellung von dem durch dieselbe hervorzubringenden Erfolge, so sind auch nur diejenigen Handlungen aus dem Willen der Vollendung hervorgegangen, bei welchen der Handelnde diese Vorstellung gehabt hat. Daher kann die bloße mündliche oder schriftliche Aeußerung des verbrecherischen Willens, oder die Drohung, ein bestimmtes Verbrechen verüben zu wollen, auf keinen Fall als ein Versuch dieses Verbrechens gelten [1]).

---

1) L. 225. D. de V. S. (L. 16.) P. G. O. Art. 176. Es ist damit nicht ausgeschlossen, daß gegen den Drohenden Sicherheitsmaßregeln, wie Auferlegung einer Caution, polizeiliche Beaufsichtigung und selbst Sicherheitsdetention angewendet werden können. P.G.O. Art. 176. Eine Drohung kann allerdings bei den Verbrechen, zu deren Thatbestande Gewalt und Nöthigung gehört, einen Versuch bilden, aber nicht desjenigen Verbrechens, welches angedrohet wird; so kann z. B. die Drohung, Jemanden zu tödten, ein Versuch des Raubes, der Entführung oder Nothzucht, aber nicht der Tödtung sein. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 103.

Die auf die Erreichung des verbrecherischen Willens gerichteten Handlungen pflegt man in Vorbereitungshandlungen und in Ausführungshandlungen zu unterscheiden [2]). Vorbereitungshandlungen sind zunächst solche Handlungen, durch welche sich der Verbrecher entweder die zur Verübung des Verbrechens nothwendigen Kräfte, Mittel und Werkzeuge anschaffen und zubereiten, oder durch welche er sich in den zur Verübung des Verbrechens unmittelbar erforderlichen physischen Zustand versetzen will. Auch gehören zu den Vorbereitungshandlungen solche Handlungen, durch welche der Handelnde sich die Möglichkeit, Sicherheit und Gelegenheit der Ausführung zu verschaffen oder die Entdeckung und Vereitelung des beabsichtigten Verbrechens zu verhindern sucht. Ausführungshandlungen dagegen sind solche Handlungen, welche entweder in einer Anwendung der angeschafften Mittel bestehen, oder durch welche die Ursachen oder Kräfte, aus deren Wirksamkeit der verbrecherische Erfolg hervorgehen soll, in wirkliche Wirksamkeit gesetzt werden sollen [3]).

Die Unterscheidung zwischen Vorbereitungshandlungen und zwischen Ausführungshandlungen wird zu dem Zwecke gemacht, die Anfangsgränze des strafbaren Versuches zu bestimmen. Vorbereitungshandlungen sollen noch nicht zu dem strafbaren Versuche gehören, welcher vielmehr erst mit dem Anfange der Ausführung beginne. Nach dieser Lehre ist in viele der neuen Gesetzbücher die Bestimmung übergegangen,

---

Auch kann eine Drohung für sich allein genommen eine Injurie bilden. L. 15. D. de injur. (XLVII. 10.)

2) Mittermaier, im neuen Archiv des C.R. II. S. 602 ff. IV. S. 20 ff. X. S. 549 zu Feuerbach, §. 42, Note VI. Zachariä a. a. O. §. 105—107. Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte, I. S. 319.

3) Zachariä a. a. O. §. 107.

daß Strafbarkeit nicht schon durch bloße Vorbereitungshandlungen, sondern erst durch den Anfang der Ausführung begründet werde [1]). In den Quellen des gemeinen Strafrechtes wird nicht zwischen Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen zu dem angegebenen Zwecke unterschieden,

---

1) Die ältere teutsche Doctrin nahm mit ziemlicher Einstimmigkeit an, daß auch Vorbereitungshandlungen als entfernter Versuch strafbar seien. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 117 und §. 158—162. Darnach ist auch in den älteren der neuen Gesetzbücher die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen anerkannt worden. Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20, §. 42. Bayersch. St. G.B. Art. 62. Im Oestreich. G.B. wird der Versuch §. 7 als eine zur wirklichen Ausführung führende Handlung, und §. 8 als eine äußere böse Handlung bezeichnet. Es sind aber damit Vorbereitungshandlungen nicht ausgeschlossen. Vgl. Jenull, Commentar zu Theil I. §. 7 und 8. Dagegen werden in den übrigen neuen Gesetzbüchern Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen unterschieden und die ersteren für straflos anerkannt. Sächs. G.B. Art. 29. Würtemb. G.B. Art. 63. Hannov. G.B. Art. 34. Großh. Hess. G.B. Art. 65. Braunschw. G.B. §. 40. Mit Ausnahme des Sächsisch. Gesetzbuchs gestatten jedoch diese Gesetzbücher entweder allgemein oder wenigstens bei schweren Verbrechen wegen Vorbereitungshandlungen besondere polizeiliche oder disciplinarische Aufsicht, auf welche von den Gerichten erkannt werden kann. Auch führen die neuen Gesetzbücher das Princip, daß nur Ausführungshandlungen strafbar sein sollen, nicht consequent durch. So schreiben das Sächs. G.B. Art. 30 und das Hannov. G.B. Art. 34 vor, daß eine Verbindung Mehrerer zu einem gemeinschaftlichen gesetzwidrigen Zwecke nicht als vorbereitende Handlung anzusehen, sondern als Versuch zu bestrafen sei. In den übrigen neuen Gesetzbüchern sind ebenfalls Versuch der Anstiftung, Eingehung eines Complotts, Vereinigung zu einer Bande, Verschwörung, Aufreizung, Aufforderung zum Aufruhr, Verabredung und Aufforderung zur Widersetzlichkeit und zur Einstellung der Arbeit, sowie Vorbereitung zum Hochverrath, zur Fälschung, zum Morde, zur hülflosen Niederkunft und Kinderaussetzung, zum Raube und zur Brandstiftung für strafbar erklärt. Vgl. Würtemb. G.B. Art. 238, 242, 313, 379. Braunschw. G.B. §. 37, 38, 82, 89, 100, 123, 83, 133, 151, 157, 176. Großh. Hess. G.B. Art. 131.

und entschieden anerkannt, daß auch die ersteren zu bestrafen seien [5]).

Die Unterscheidung selbst beruht auch auf einem unrichtigen Principe. Sie geht davon aus, daß die einzelnen Acte,

---

5) Das römische Recht stellt zwar, wie überhaupt kein allgemeines Gesetz über die Strafbarkeit des Versuches, so auch keine allgemeine Bestimmung über die Anfangsgränze desselben auf. Bei den einzelnen Verbrechen werden aber Handlungen, die nur als Vorbereitungen angesehen werden können, mit der Strafe des vollendeten Verbrechens bedroht. Z. B. L. 1. pr. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) „Si quis hominis necandi causa cum telo ambulaverit." L. 1. §. 1. L. 3. D. eod.: „qui venenum malum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit vel habuerit, plectitur." Vgl. im Allgemeinen Zachariä a. a. O. §. 115 und §. 152. In meiner Schrift über den Versuch, S. 269, war ich zu weit gegangen, indem ich behauptete, daß nach römischem Rechte bloße Vorbereitungshandlungen unbedingt vom strafbaren Versuche auszuschließen seien. Es kam nur darauf an, daß die Vorbereitungshandlungen unzweideutig für die verbrecherische Absicht sprachen. In dieser Beziehung ist wichtig die L. 8. C. ad leg. Cornel. de falsis (IX. 22.), wo die bloße Verfertigung einer falschen Urkunde, worin doch nur eine Vorbereitung für den Gebrauch liegt, für strafbar erklärt ist, ohne daß der Nichtgebrauch zur Entschuldigung gereichen soll, während der Besitz der nicht selbst verfertigten falschen Urkunde beim Nichtgebrauche derselben straflos sein kann. Vgl. die richtigen Bemerkungen, welche Zirkler im Archiv des C.R., neue Folge, 1839, S. 276 ff. zu meinen früheren Behauptungen gemacht hat. — In der P.G.O. Art. 178 werden die Versuchshandlungen bezeichnet als „scheinliche Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen." Daß damit keine Unterscheidung zwischen Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen angedeutet wird, liegt auf der Hand. Das „Scheinlich" heißt so viel als beweisend, nämlich für die verbrecherische Absicht. Vgl. meine Abhandlungen, I. S. 460 ff., und Pfotenhauer, der Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen, S. 188. Auch hinsichtlich der P.G.O. bin ich in meinen Abhandlungen, I. S. 459 ff., mit der Behauptung, daß nach ihr alle Vorbereitungshandlungen von der Sphäre des strafbaren Versuchs auszuschließen seien, zu weit gegangen. Es kommt eben Alles auf das „Scheinliche" der Handlung an.

die möglicher Weise bei einer verbrecherischen Handlung vorkommen können, verschiedene verbrecherische Handlungen seien, während sie doch, wie sie aus dem nämlichen Willen hervorgegangen sind, zusammen nur eine verbrecherische Handlung bilden [6]). Daher ist die verbrecherische Handlung immer begonnen, so wie nur einer der Acte vorgenommen worden war, deren Vereinigung die verbrecherische Handlung bilden sollte. Daß dieser Act für sich allein in Causalzusammenhange stehe mit der Existenz des Verbrechens, ist nicht nothwendig, um ihn als eine verbrecherische Handlung erscheinen zu lassen. Denn eben weil er nur einer von denjenigen Acten ist, welche zusammen die verbrecherische Handlung bilden, kann es nur darauf ankommen, ob diese Handlung, zu welcher er gehört und welche mit ihm angefangen ist, mit dem Verbrechen in solchem Causalzusammenhange steht, daß sie überhaupt als eine verbrecherische angesehen werden kann.

Zwischen Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen findet weder in subjectiver noch in objectiver Hinsicht ein wirklicher Unterschied Statt. Denn bei beiden Arten von Handlungen wird, wenn sie überhaupt als Versuchshandlungen in Frage kommen sollen, in gleicher Weise vorausgesetzt, daß der Handelnde den Willen der Vollendung gehabt habe. Es läßt sich nicht sagen, daß es nach der Vorbereitungshandlung eines neuen verbrecherischen Entschlusses bedürfte, um von ihr zur Ausführungshandlung fortzuschreiten. Es bedarf nur dazu der Festhaltung des bereits gefaßten Entschlusses, ohne welchen auch die Vorbereitungshandlung nicht Vorbereitungshandlung sein würde [7]).

Ebenso wenig kann in objectiver Hinsicht ein Unterschied zwischen Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen

---

6) S. oben S. 371.

7) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 384.

anerkannt werden. Denn bei beiden Arten von Handlungen muß, damit sie überhaupt als Versuchshandlungen in Frage kommen können, in gleicher Weise vorausgesetzt sein, daß sie das Verbrechen nicht wirklich hervorgebracht haben. Es kann auch nicht behauptet werden, daß die Ausführungshandlungen, wenn sie auch ebenso wenig als die Vorbereitungshandlungen einen Erfolg wirklich hervorbringen, wenigstens objectiv gefährlicher seien, weil sie den Erfolg haben hervorbringen können. Die objective Gefährlichkeit der Ausführungshandlung, welche den Erfolg nicht hervorgebracht hat, könnte nur in der Befürchtung liegen, daß der Handelnde, wenn er entweder zweckmäßiger gehandelt hätte oder in der Ausführung nicht unterbrochen worden wäre, den Erfolg hervorgebracht haben würde. In der nämlichen Weise läßt sich aber bei der bloßen Vorbereitungshandlung sagen, daß der Handelnde den Erfolg hervorgebracht haben würde, wenn er nicht in seiner Thätigkeit unterbrochen worden wäre [8]).

Es kann vielmehr, um den Anfangspunct der strafbaren Versuchshandlungen zu bestimmen, nur darauf ankommen, daß der Wille der Vollendung aus der Handlung erkannt werden könne. Dabei werden allerdings nicht alle Handlungen, die nach dem angegebenen Begriffe für Vorbereitungshandlungen gelten, als Versuchshandlungen angesehen werden können [9]). Das ist namentlich der Fall bei den Handlungen, welche,

---

8) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 383.

9) Ueber die Gränze zwischen Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen wird übrigens im einzelnen Falle leicht Zweifel entstehen können. Z. B. Pfotenhauer a. a. O. S. 46 ff., welcher der Sache nach der hier vertheidigten Ansicht beitritt, aber den in den neueren Gesetzbüchern angenommenen Ausdruck „Anfang der Ausführung" für sehr angemessen erklärt und glaubt, daß derselbe auch die Thätigkeit Desjenigen unter sich befasse, der das Gift oder die Waffe, womit er einem Anderen nach dem Leben trachte, erst angeschafft habe.

wie Erkundigungen über Gegenstand, Gelegenheit, Zeit, Ort, Mittel der Begehung des Verbrechens oder Abwendungen von Hindernissen und Störungen bei der Begehung, oder Vorbereitungen für den Fall der Vollendung nicht sowohl aus dem Willen der Vollendung hervorgegangen sind, als vielmehr den Zweck haben, den Willen der Vollendung zu fassen [10]). Dagegen müssen alle Handlungen, welche aus dem bereits gefaßten Willen der Vollendung hervorgegangen sind und sich als der durch äußere Umstände aufgehaltene oder vereitelte Beginn der verbrecherischen Handlung erweisen, als strafbare Versuchshandlungen angesehen werden, wenn sie auch nach der hergebrachten Unterscheidung bloße Vorbereitungshandlungen sein mögen [11]).

§. 66.

β) Objective Gefährlichkeit der Versuchshandlung.

Es gehört zu den sehr bestrittenen Fragen, ob zum strafbaren Versuche objective Gefährlichkeit der Handlung erforderlich sei, oder mit anderen Worten, ob die Strafbarkeit des Versuches dadurch ausgeschlossen werde, daß die Vollendung wegen Untauglichkeit der Versuchshandlung nicht hervorgebracht werden konnte [1]). Man pflegt zwei Fälle des

---

10) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 386.

11) Im Wesentlichen hiermit einverstanden ist Bauer, a. a. O. S. 318, der die Vorbereitungshandlungen nur darum von dem strafbaren Versuche ausschließen will, weil sich aus ihnen, für sich allein betrachtet, das Dasein des strafgesetzwidrigen Vorsatzes noch nicht erkennen lasse. Daher erklärt Bauer die Anschaffung und Zubereitung der erforderlichen Mittel und Werkzeuge nur unter der Voraussetzung für straflos, daß sie auch zu anderem erlaubten Gebrauche geeignet seien. Auch Zachariä a. a. O. §. 108 und §. 114 macht mehrfache Ausnahmen, in welchen Vorbereitungshandlungen strafbar sein sollen.

1) Vgl. darüber im Allgemeinen Zachariä a. a. O. §. 123 ff. Meine Abhandlungen, I. S. 475, II. S. 195 ff. Pfotenhauer, der

untauglichen Versuches zu unterscheiden [2]); erstens den Fall, da das angewendete Mittel untauglich war, die Vollendung hervorzubringen; zweitens den Fall, da die Handlung gegen ein Object gerichtet wurde, an welchem das beabsichtigte Verbrechen gar nicht hervorgebracht werden konnte [3]). Nach der Ansicht vieler Criminalisten soll in beiden Fällen von einem strafbaren Versuche nicht die Rede sein können [4]).

Diese Ansicht gründet sich weniger auf das römische Recht [5]) als auf die einheimische Gesetzgebung, in welcher

---

Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen, S. 3 ff. Bauer, Abhandlungen, I. S. 371 ff. Köstlin a. a. O. S. 356 ff. Chop, im Archiv des C.R. 1842, S. 519 ff.

2) Zachariä a. a. O. §. 123. Bauer a. a. O. S. 375.

3) Manche, z. B. Heffter, Lehrbuch, §. 36, sprechen in diesem Falle von unmöglichen Verbrechen, oder Wahnverbrechen, delictum putativum.

4) Feuerbach, Lehrbuch, §. 42. Mittermaier, im neuen Archiv des C.R. I. S. 183 ff., der indeß später Note VII zu Feuerbach §. 42 die weiter unten Note 9 in dieser §. erwähnte vermittelnde Meinung angenommen hat; Heffter, Lehrbuch, §. 76, Note 4. Zachariä a. a. O. §. 131 unbedingt hinsichtlich der Putativverbrechen, während er hinsichtlich der untauglichen Mittel die unten Note 9 angegebene vermittelnde Ansicht annimmt.

5) Zachariä a. a. O. §. 134 findet den Beweis für seine Ansicht hinsichtlich der untauglichen Mittel in L. 1. pr. und L. 3. pr. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.), wornach Derjenige bedroht werde, qui hominis necandi causa cum telo ambulaverit oder venenum fecerit. Darnach sei Derjenige straflos gewesen, der in tödtlicher Absicht eine Handlung ohne wirkliches telum oder schädliches venenum vorgenommen habe. Auch Pfotenhauer a. a. O. S. 130 ff. stimmt damit ziemlich überein. Allein was ist unter einem wirklichen telum zu verstehen? Wie Zachariä a. a. O. richtig angiebt, ein zum Verletzen geeignetes Werkzeug. Die Frage läuft darauf hinaus, ob eine ungeladene, aber für geladen gehaltene Flinte, oder ein Bogen, zu welchem der Verbrecher den Pfeil vergessen oder verloren hatte, dafür gehalten werden könne. Ungeachtet eine ungeladene Flinte ein unbedingt untaugliches Mittel zum

„etliche scheinliche Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen," zum Versuche verlangt werden [6]). Man legt diese Worte so aus, daß die Handlung, um für einen Versuch gelten zu können, zweckmäßig für die Vollendung, oder daß sie objectiv gefährlich gewesen sein müsse [7]).

Todtschießen ist, läßt sich doch nicht füglich bestreiten, daß das Abschießen einer für geladen gehaltenen Flinte oder das Auflauern mit derselben zum Verletzen geeignet ist; vgl. unten Note 18 in dieser §. Hinsichtlich des Giftes sagt Marcian in L. 3. §. 2. D. eod. ausdrücklich, daß in der lex Cornelia jede Substanz gemeint sei, die Jemand hominis necandi causa habet. Darnach wird die Eigenschaft des venenum malum durch die Absicht bestimmt, in welcher es verwendet werden soll. In der That ist Arsenik in den Händen des Arztes bonum, in denen des Mörders malum venenum. Eine für Arsenik gehaltene Substanz ist venenum malum und auch in Wirklichkeit geeignet, die Tödtung hervorzubringen. Dagegen ist eine für Zucker gehaltene Substanz allerdings niemals venenum malum, weil ihr Besitz oder Erwerb den Beweis liefert, daß man nicht die Absicht, zu tödten, hatte. — Hinsichtlich der Putativverbrechen beruft sich Zachariä zuvörderst auf L. 6. pr. D. de leg. Corn. de falsis (XLVIII. 10.), welche Stelle aber eher für die entgegengesetzte Ansicht (vgl. meine Abhandlungen, I. S. 289), keines Falles für die Strafloſigkeit der Putativverbrechen spricht. Vgl. Pfotenhauer a. a. O. S. 147 ff. Eher scheinen dafür zu sprechen L. 22. §. 4. D. de leg. Corn. de falsis und L. 38. §. 6. D. de poenis. (XLVIII. 19.) Indessen konnten die Römer, wie sie überhaupt keinen technischen Unterschied zwischen versuchten und vollendeten Verbrechen machten, nicht daran denken, ein durchgreifendes Princip für die vorliegende Frage aufzustellen. Vgl. Pfotenhauer a. a. O. S. 156 ff. Köstlin a. a. O. S. 363 u. 364.

6) Art. 178.

7) Chop a. a. O. S. 533 nimmt sehr scharfsinnig ein neues Argument für die Strafloſigkeit objectiv ungefährlicher Versuchshandlungen davon her, daß in der P. G. O. Art. 178 der Versuch für straflos anerkannt sei, wenn durch den eigenen Willen des Thäters eine Verhinderung der Vollendung herbeigeführt sei. Der Grund der Strafloſigkeit sei die durch die Aenderung des Willens bewirkte gänzliche Abwendung

Consequenter Weise würde man mit dieser Ansicht niemals zu einem strafbaren Versuche gelangen. Denn bei jedem Versuche wird vorausgesetzt, daß der Handelnde den Willen der Vollendung gehabt habe, und daß also dieselbe wider seinen Willen unterblieben sei. Es kann mithin immer nur in der Unzweckmäßigkeit der angewendeten Versuchshandlungen seinen Grund haben, daß es nicht zur Vollendung des Verbrechens gekommen ist [8]).

Um diese Inconsequenz zu vermeiden, hat man zwischen untauglichen Mitteln und zwischen unzulänglichen oder unwirksamen Mitteln unterscheiden wollen [9]). Untaugliche Mittel nennt man dabei solche Mittel, welche ihrer Natur nach und unter allen Verhältnissen den Erfolg nicht hervorzubringen vermögen. Unzulängliche oder unwirksame Mittel sollen diejenigen an sich tauglichen Mittel sein, deren Wirksamkeit vereitelt oder aufgehoben wurde, entweder weil nicht die erforderliche Kraftanwendung gemacht wurde, oder weil sich der Verbrecher in ihrer Wirksamkeit täuschte, oder weil andere

---

der Gefahr, welche der böse Wille durch den Versuch bereits herbeigeführt habe. Einen anderen Grund als diese Aufhebung der objectiven Gefährlichkeit könne diese Strafloſigkeit nicht haben, indem, wenn es bei dem Versuche bloß auf den erkennbaren und erkannten bösen Willen ankäme, die durch den Versuch bereits verwirkte Strafbarkeit durch eine spätere Aenderung des Willens nicht wieder aufgehoben werden könnte. Und wie hier die objective Ungefährlichkeit den Versuch straflos mache, so könne auch, wenn die objective Ungefährlichkeit in absoluter Untauglichkeit der Mittel ihren Grund habe, keine Strafbarkeit angenommen werden. Allein vgl. dagegen unten §. 69.

8) Vgl. meine Abhandlungen, I. S. 475 u. 476.

9) Zachariä a. a. O. §. 125. Das Nämliche soll die von Anderen, z. B. von Mittermaier zu Feuerbach, §. 42, Note VII, und Habicht, rechtliche Erörterungen gemeinrechtlicher Controversen, I. S. 152 ff. aufgestellte Unterscheidung zwischen abstract untauglichen und zwischen concret untauglichen Mitteln ausdrücken.

ihm unbekannte, im Augenblicke der Anwendung schon vorhandene Umstände entgegen standen [10]). Durch Anwendung solcher bloß unzulänglichen oder unwirksamen Mittel soll ein strafbarer Versuch begangen werden, weil hier das Verbrechen habe hervorgebracht werden können. Dagegen soll von einem strafbaren Versuche nicht die Rede sein können, wenn untaugliche Mittel angewendet waren, weil hier das Verbrechen unter keinen Umständen habe hervorgebracht werden können. Aus demselben Grunde soll der strafbare Versuch ausgeschlossen sein, wenn die Handlung gegen ein Object gerichtet war, an welchem das beabsichtigte Verbrechen gar nicht vollendet werden konnte [11]).

Daß an sich zwischen untauglichen und zwischen unzulänglichen Mitteln in dem angegebenen Sinne unterschieden werden könne, läßt sich nicht wohl bestreiten. Die Unterscheidung ist aber hinsichtlich der objectiven Gefährlichkeit ohne Bedeutung. Ein unwirksames oder unzulängliches Mittel ist ebenso wenig objectiv gefährlich, als ein untaugliches, weil die Vollendung, wie nur durch taugliche, so auch nur durch zulängliche oder wirksame Mittel hervorgebracht werden kann. Die Gefährlichkeit könnte nur von der subjectiven Seite her-

---

10) Beispiele des untauglichen oder abstract untauglichen Mittels sind das Eingeben von Zucker, oder das Abschießen einer ungeladenen Flinte, um zu tödten. Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob es mit oder ohne Wissen und Willen des Handelnden geschehen war, daß er zu einem so zweckwidrigen Mittel gegriffen. Dagegen soll es ein unzulängliches oder concret untaugliches Mittel sein, wenn die Ladung zu schwach, oder die Dosis Gift zu gering, oder die Wirkung des Giftes durch ungeschickte Mischung neutralisirt war. Umgekehrt soll es ein abstract untaugliches Mittel sein, wenn die Schußweite zu entfernt genommen war. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 125.

11) Z. B. wenn der zu Ermordende bereits todt war, oder wenn der Dieb eine eigene oder eine derelinquirte Sache ergriff. Zachariä a. a. O. §. 131.

kommen, indem zu befürchten wäre, daß der Handelnde das Mittel ein anderes Mal in wirksamer oder zulänglicher Weise anwenden werde. Die nämliche Befürchtung ist aber auch bei untauglichen Mitteln begründet. Wenn der Handelnde ein Mal den Willen hat, die Vollendung hervorzubringen, so wird er nach der bei dem untauglichen Mittel gemachten Erfahrung das nächste Mal zu einem tauglicheren greifen [12]).

Gewöhnlich wird bei Auslegung der Worte: „die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen" übersehen, daß dieselben eine Erläuterung der vorhergehenden Worte: „scheinliche Werke" sein sollen, und daß es im weiteren Verlaufe des Artikels heißt, daß der Wille, aus welchem solche Werke folgen, bestraft werden solle. Das Wort „scheinlich" soll aber nicht bloß so viel als „äußerlich" bedeuten, um den Gegensatz von dem nur innerlichen Gedanken auszudrücken. Es hat vielmehr den Sinn von „bescheinigend" oder „beweisend" [13]), daß nämlich der Handelnde den Willen der Vollendung gehabt habe [14]). Denn wie dieser Wille der einzige Grund ist, aus welchem der Versuch strafbar ist, so müssen alle Handlungen, welche diesen Willen beweisen, als Versuch angesehen werden. Es kann mithin nicht darauf ankommen, daß der Handelnde in Wirklichkeit dienstliche, d. h. für die Vollendung zweckmäßige Handlungen begangen habe. In der That wird es Niemandem einfallen, bei Anwendung eines zweckmäßigen Mittels einen Versuch anzunehmen, wenn

---

12) Vgl. meine Abhandlungen, I. S. 475, Note 1, und Köstlin a. a. O. S. 368 f.

13) Vgl. Wachter, glossarium s. v. Scheinen, und Walch, glossarium in C. C. C. p. 435.

14) Vgl. meine Abhandlungen, I. S. 461 und S. 475 u. 476. Pfotenhauer a. a. O. S. 187 ff. Gegen die hier gegebene Interpretation vgl. Habicht a. a. O. S. 151 in der Note.

die Umstände der Handlung den Beweis liefern, daß die Anwendung ohne den Willen der Vollendung geschehen war, oder mit anderen Worten, daß der Handelnde nicht den Willen hatte, das zweckmäßige Mittel anzuwenden [15]). Wie also auch bei Anwendung eines zweckmäßigen Mittels nur unter der Voraussetzung und nur aus dem Grunde ein Versuch angenommen werden kann, weil der Handelnde den Willen hatte, dasselbe anzuwenden, so muß umgekehrt auch bei Anwendung eines unzweckmäßigen Mittels ein Versuch angenommen werden, wenn dieser Grund, nämlich der Wille, ein zweckmäßiges Mittel anzuwenden, dabei vorhanden war. Es kann also nur darauf ankommen, ob der Handelnde den Willen hatte, ein zweckmäßiges Mittel anzuwenden.

Daß mit den angegebenen Worten nicht für zweckmäßig gehaltene, in Wirklichkeit aber unzweckmäßige Handlungen von dem Versuche ausgeschlossen werden, geht daraus hervor, daß es in der That eine Handlung ist, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mag, wenn Jemand ein in Wirklichkeit zweckmäßiges Mittel anwenden wollte, während er in Folge eines factischen Irrthumes oder einer Verwechselung ein in Wirklichkeit nicht zweckmäßiges Mittel anwendete. Es muß sogar behauptet werden, daß eine solche Handlung ebenso dienstlich oder ebenso gefährlich sei, als wenn Jemand ein in Wirklichkeit zweckmäßiges Mittel anwenden will und wirklich anwendet. Denn im criminalrechtlichen Sinne erhalten alle Handlungen den Charakter der Gefährlichkeit nur durch den Willen, mit welchem sie verübt werden. Wenn Jemand eine Handlung vornimmt, von welcher er sich

---

15) Z. B. wenn Jemand eine für ungeladen gehaltene geladene Flinte abdrückt.

vorstellt, daß sie zu keinem rechtswidrigen Erfolge führen werde, ist es criminalrechtlich eine ungefährliche Handlung, obgleich in Wirklichkeit ein solcher Erfolg durch sie hervorgebracht wurde oder werden konnte [16]). Umgekehrt aber muß es auch für eine gefährliche Handlung gelten, wenn Jemand eine Handlung vornimmt, von welcher er sich vorstellt, daß sie einen rechtswidrigen Erfolg haben werde, ungeachtet wegen ihrer objectiven Beschaffenheit ein solcher Erfolg durch sie nicht hervorgebracht wurde oder werden konnte. Denn der Handelnde kann, um einen Zweck zu erreichen, überhaupt Nichts weiter thun, als die von ihm für zweckmäßig gehaltenen Mittel anwenden. Die wirkliche Erreichung des Zweckes ist von der Richtigkeit seiner Vorstellung über die Zweckmäßigkeit der angewendeten Mittel abhängig. Aber wie durch die Unrichtigkeit der Vorstellung nicht aufgehoben wird, daß der Handelnde sie gehabt habe, so ist es auch ein von ihm unabhängiger Umstand, ob sie richtig oder unrichtig sei. Daher konnte sie, wenn sie richtig war, ebenso gut auch unrichtig und umgekehrt, wenn sie unrichtig war, richtig sein. Und wie in jenem Falle der beabsichtigte Erfolg nicht hervorgebracht werden konnte, so hätte er in diesem hervorgebracht werden müssen. In dem einen Falle fehlt es daher nicht an der Möglichkeit, daß der Erfolg nicht hervorgebracht worden wäre, in dem anderen nicht an der Möglichkeit, daß er hervorgebracht worden wäre. Beide Fälle stehen sich daher

---

16) Außerdem wäre fast jede Handlung eine gefährliche Handlung, da die Möglichkeit eines unglücklichen Zufalls selten ausgeschlossen ist. Aber gerade darnach, ob ein Erfolg als möglich habe vorhergesehen werden können oder nicht, muß entschieden werden, ob er ein zufälliger oder verschuldeter sei. L. 30. §. 3. L. 31. L. 52. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) Denn in bloß objectiver Beziehung giebt es gar keinen Zufall, da jeder Erfolg nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges eintritt.

einander gleich hinsichtlich der Möglichkeit, den beabsichtigten Erfolg hervorzubringen oder nicht hervorzubringen. Mithin ist die Anwendung eines für zweckmäßig gehaltenen Mittels in gleicher Weise gefährlich, mag die Vorstellung von der Zweckmäßigkeit richtig oder unrichtig sein, oder mit anderen Worten, mag das Mittel nach seiner objectiven Beschaffenheit zweckmäßig oder unzweckmäßig sein [17]).

Die Worte: „Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen," können daher nur den Sinn haben, daß zum Versuche Handlungen gehören, aus welchen hervorgeht, daß der Handelnde den Willen gehabt habe, ein zweckmäßiges Mittel anzuwenden. Das ist immer der Fall, wenn zwar ein unzweckmäßiges Mittel angewendet wurde, aber aus den Umständen der Handlung hervorgeht, daß der Handelnde ein in Wirklichkeit zweckmäßiges Mittel anwenden wollte, und nur aus Verwechselung ein unzweckmäßiges Mittel ergriffen hatte. Umgekehrt kann niemals angenommen werden, daß der Handelnde diesen Willen gehabt habe, wenn aus den Umständen der Handlung hervorgeht, daß er den Willen gehabt habe, ein nach allgemeiner Erfahrung und Ansicht unzweckmäßiges Mittel anzuwenden. Selbst das Geständniß des Handelnden, durch Anwendung solcher Mittel das Verbrechen haben hervorbringen zu wollen, würde nicht in Betracht kommen können, da es durch die Handlung widerlegt werden würde. Zwischen beiden Fällen in der Mitte steht der Fall, da der Handelnde ein Mittel anwenden wollte, welches zwar nicht nur von ihm selbst, sondern auch nach der gemeinen Ansicht Anderer, namentlich Derer, die dem Han-

17) In der That kann nicht wohl geleugnet werden, daß es eine gefährliche Handlung sei, mit einer für geladen gehaltenen Flinte nach Jemandem zu schießen, oder ihm eine für giftig gehaltene Substanz vorzusetzen, da die Vorstellung des Handelnden doch auch richtig sein kann.

delnden in Verhältnissen, Einsicht und Bildung nahe stehen, für zweckmäßig gehalten wurde, aber nach der bei dem Handelnden nicht vorhandenen und nicht vorauszusetzenden Einsicht in Wirklichkeit nicht zweckmäßig war. Da auch in diesem Falle aus den Umständen der Handlung hervorgeht, daß der Handelnde den Willen gehabt habe, ein zweckmäßiges Mittel anzuwenden, so muß in ihm ebenfalls ein strafbarer Versuch angenommen werden [18]).

---

18) Im Allgemeinen hat Bauer a. a. O. S. 376 ff. Recht, wenn er folgende drei Classen von Fällen unterscheidet: A. Fälle unbestrittener Strafloſigkeit, zu welchen der Gebrauch absolut untauglicher Mittel gehöre, die der Handelnde aus Aberglauben oder Einfalt für taugliche Mittel gehalten habe. B. Fälle unbestrittener Strafbarkeit, wohin der Gebrauch an sich tauglicher, aber unzulänglicher oder bei vorhandener Zulänglichkeit auf unwirksame Art angewendeter Mittel gehöre. C. Streitige Fälle, deren zwei seien: erstens, wenn der Handelnde ein an sich taugliches Mittel anzuwenden beabsichtigte, jedoch durch Zufall ein ganz untaugliches Mittel erhalten und gebraucht habe; zweitens, wenn die an sich taugliche Versuchshandlung wider einen zur Vollbringung des beabsichtigten Verbrechens nicht geeigneten Gegenstand gerichtet worden sei. Daß die Fälle unter A. straflos seien, wird auch fast einstimmig von Denen zugegeben, die in den Fällen unter C. Strafbarkeit annehmen. Ebenso wird die Strafbarkeit der Fälle unter B. meistens von Denen zugestanden, welche für die Fälle unter C. Strafloſigkeit behaupten. Es giebt aber auch noch Fälle, in welchen ein absolut untaugliches Mittel für tauglich gehalten wird, ohne daß sich gerade sagen läßt, daß diese Vorstellung in Einfalt oder Aberglauben ihren Grund habe. Es giebt gewisse Mittel, die nach der gemeinen Vorstellung für tauglich zu gewissen Zwecken gehalten werden, während sie nach der Erfahrung besonderer Technik und Wissenschaft in Wirklichkeit untauglich sind. Im Volke werden z. B. manche Mittel für Abortivmittel gehalten, denen die Mediciner diese Wirksamkeit nicht beilegen. Das Mittel ist in einem solchen Falle zwar ein absolut untaugliches: aber dennoch ist der Fall ein anderer, als der von Bauer unter A. erwähnte. Aus dem im Texte angeführten Grunde muß aber auch in solchem Falle Strafbarkeit angenommen werden.

Daher ist, ohne daß es auf die wirkliche Zweckmäßigkeit des angewendeten Mittels ankommt, ein strafbarer Versuch in allen Fällen vorhanden, in welchen aus den Umständen der Handlung hervorgeht, daß der Handelnde den Willen hatte, ein in Wirklichkeit zweckmäßiges oder nach gemeiner Vorstellung für zweckmäßig gehaltenes Mittel in Anwendung zu bringen. Ebenso muß ein strafbarer Versuch angenommen werden, wenn die Handlung zwar gegen ein Object, an welchem das Verbrechen gar nicht begangen werden konnte, gerichtet wurde, aber aus den Umständen des Falles hervorgeht, daß sie gegen ein Object, an welchem es begangen werden konnte, hatte gerichtet werden sollen.

Im Wesentlichen ist diese Ansicht auch von den neuen Strafgesetzbüchern angenommen worden, so daß sie entschieden für die herrschende ausgegeben werden darf [19]).

---

19) Das Preuss. L.R. Th. II. Tit. XX. §. 40—44 läßt sich bei seinen allgemeinen Bestimmungen über den Versuch zwar auf die vorliegende Frage gar nicht ein, aber im speciellen Theile §. 866 ist die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen bei der Vergiftung anerkannt. Ob das eine singuläre Bestimmung oder die Anwendung eines allgemeineren Principes sei, ist streitig. Vgl. darüber Zachariä a. a. O. §. 138, und Pfotenhauer a. a. O. S. 194 ff. Auch das Oestreich. G.B. läßt die Frage unentschieden, indem die in §. 7 vorkommenden Ausdrücke: „eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung" sowohl in dem einen als dem anderen Sinne gedeutet werden können, wie denn auch unter den Commentatoren darüber gestritten wird. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 137, und Pfotenhauer a. a. O. S. 201. Nach dem Bayersch. G.B. Art. 57 kommt es dagegen entschieden auf die Beschaffenheit des gewählten Mittels nicht an, wenn nur die Handlung in der Absicht des Handelnden zu dem Verbrechen in dem Verhältnisse eines Mittels zum Zwecke steht. Die übrigen neuen Gesetzbücher stimmen darin überein, daß sie unbedingt einen strafbaren Versuch annehmen in den beiden Fällen, wenn der Thäter aus Irrthum oder Verwechselung ein untaugliches Mittel angewandt hat, indem er ein an sich taugliches zu gebrauchen glaubte, und wenn er seine verbrecherische Thätigkeit aus

§. 67.

γ) Von den Graden des Versuches.

Grade des Versuches pflegt man zu unterscheiden nach der größeren oder geringeren Entfernung, in welcher derselbe von der Vollendung geblieben ist [1]). Von manchen Criminalisten werden zwei, von den meisten drei, von einigen sogar vier Grade des Versuchs unterschieden. Bei der Ein-

---

Irrthum oder Verwechselung gegen ein Object richtete, an welchem die Verübung des Verbrechens nicht möglich war. Sie lassen jedoch in diesen Fällen eine bedeutend geringere Strafe eintreten. Sächs. G.B. Art. 26 u. 27. Würtemb. G.B. Art. 72. Hannov. G.B. Art. 40. Braunschw. G.B. §. 36. Nur das Großh. Hess. G.B. Art. 67 macht bei der Bestrafung keinen Unterschied, ob der Versuch mit tauglichen oder mit untauglichen Mitteln begangen wurde. Ueber den Fall, da aus Unverstand oder Aberglauben Mittel gebraucht wurden, die unter keinerlei Umständen zur Vollendung dienlich sein konnten, enthält das Großh. Hess. G.B. Art. 67 die ausdrückliche Bestimmung, daß kein strafbarer Versuch anzunehmen sei. Nach dem Braunschw. G.B. §. 36 kann in diesem Falle wenigstens auf Stellung unter polizeiliche Aufsicht erkannt werden. Im Würtemb. G.B. und dem Hannov. G.B. ist dieses Falles keine besondere Erwähnung gethan, so daß es dem richterlichen Ermessen überlassen ist, ob nach den Umständen des einzelnen Falles strafbarer Versuch anzunehmen ist. Das Sächs. G.B. Art. 26, Nr. 3 rechnet dagegen ausdrücklich auch den Fall, da der Verbrecher aus Mangel an Einsicht ein völlig untaugliches Mittel gewählt, zu den Fällen des strafbaren Versuches. — Uebrigens ist es ein Mißverständniß, wenn Marezoll, Lehrbuch, S. 87, aus der von den neuen Gesetzbüchern angenommenen geringeren Bestrafung der untauglichen Versuchshandlungen herleitet, daß in ihnen die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen nur scheinbar anerkannt sei, während sie in Wirklichkeit dieselben nur polizeilich bestrafen wollten.

1) Ueber die Grade des Versuches im Allgemeinen vgl. Mittermaier, im neuen Archiv des C.R. IV. S. 1 ff. Zachariä a. a. O. Band II. S. 1 ff. Bauer a. a. O. S. 331 ff. Köstlin a. a. O. S. 410 ff.

theilung in vier Grade ist der niedrigste Grad die Vorbereitung des Verbrechens (delictum praeparatum), wenn das Handeln nur auf Erlangung der erforderlichen Mittel gerichtet ist; darauf folgt der entfernte Versuch (conatus remotus, s. delictum attentatum), wenn das verbrecherische Handeln bei der Zubereitung der schon vorhandenen Mittel stehen geblieben ist; den weiteren Grad bildet der nächste Versuch (conatus proximus, s. delictum inchoatum), der in dem Anfange der Handlung besteht, deren Fortsetzung das Verbrechen beendigt haben würde; der höchste Grad ist der beendigte, aber erfolglose Versuch (delictum perfectum sed non consummatum), wenn der Verbrecher von seiner Seite zwar Alles oder doch genug, um den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, gethan, aber dennoch denselben nicht wirklich hervorgebracht hat [2]).

Bei der Eintheilung des Versuches in drei Grade werden die drei zuletzt genannten Grade angenommen, während der niedrigste Grad der viergliedrigen Eintheilung entweder gänzlich aus dem Gebiete des strafbaren Versuches ausgeschieden, oder mit dem entfernten Versuche zusammengeworfen wird [3]).

Der Eintheilung des Versuches in zwei Grade liegt die Ansicht zu Grunde, daß Vorbereitungshandlungen überhaupt noch gar nicht zum strafbaren Versuche gehören. Als Grade des Versuchs werden dabei entweder naher oder nächster und entfernter Versuch, oder beendigter und nicht beendigter Versuch unterschieden. Nahen oder nächsten Versuch nennt man es, wenn die zur Ausführung gehörige Haupthandlung vorgenommen, aber nicht in solcher Weise durchgeführt wurde,

---

2) S. Heffter, Lehrbuch, §. 75.

3) Vgl. Feuerbach, §. 43. Wächter, §. 85. Martin, §. 61, Note 15. Abegg, §. 95. Marezoll, S. 86.

um das Verbrechen zur Vollendung zu bringen. Der entfernte Versuch wird angenommen mit der Vornahme einer solchen Handlung, die zwar nicht mehr als bloße Vorbereitung, sondern bereits als Anfang der Ausführung erscheint, aber die beabsichtigte Wirkung nicht für sich allein, sondern erst in Verbindung mit anderen noch fehlenden Kraftäußerungen hervorzubringen im Stande ist [4]). Bei der Eintheilung in beendigten und nicht beendigten Versuch wird unterschieden, ob der Handelnde schon Alles gethan hatte, was von seiner Seite zur Hervorbringung des beabsichtigten, aber nicht eingetretenen Erfolges geschehen mußte, oder ob er noch nicht so weit in seiner verbrecherischen Thätigkeit gediehen war [5]).

In Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Lehre ist die Eintheilung des Versuches in verschiedene Grade in diesem Sinne auch in den neuen Gesetzbüchern, obwohl in verschiedener Weise, anerkannt worden [6]).

---

4) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 21. Henke, Handbuch des Strafrechts, Theil I. S. 262.

5) S. Bauer a. a. O. S. 331. Richtiger ist es, wie Köstlin a. a. O. S. 410 thut, das Wesen des beendigten Versuchs darein zu setzen, daß der Verbrecher Alles, was er für erforderlich hielt, gethan habe. Denn wenn er Alles gethan hat, was geschehen mußte, hätte auch das Verbrechen vollendet werden müssen.

6) Das Preussische L.R. Theil II. Tit. 20, §. 40, 41 u. 42 nimmt drei Grade an, ohne jedoch eine bestimmte Terminologie zu gebrauchen; in dem Großh. Hess. G.B. Art. 68 werden ebenfalls drei Grade, beendigter, nächster und entfernter Versuch, unterschieden; das Bayersche G.B. Art. 60—62 hat zwei Grade, den nächsten und den entfernten Versuch; im Würtemb. G.B. Art. 64 u. 65, im Hannov. G.B. Art. 33 und im Braunschw. G.B. §. 36 werden zwei Grade, der beendigte und der nicht beendigte Versuch, angenommen; in dem Oestreich. G.B. §. 7 u. §. 40 und in dem Sächs. G.B. Art. 26 werden zwar keine bestimmten Grade aufgestellt: im Oestr. G.B. wird aber das Maaß der Strafe

In den Quellen des gemeinen Strafrechtes ist die Eintheilung des Versuches in verschiedene Grade nicht begründet. Das römische Recht enthält gar keine Bestimmung, welche darauf gedeutet werden könnte [7]). In der peinlichen Gerichtsordnung wird vorgeschrieben, daß nach Gestalt und Gelegenheit der Sache in einem Falle härter als in dem anderen gestraft werden solle. Diese Bestimmung wird allerdings meistens in dem Sinne ausgelegt, daß die größere oder geringere Strafbarkeit des Versuches von den Fortschritten in der verbrecherischen Thätigkeit abhängig gemacht und mithin eine Andeutung solcher verschiedenen Grade in ihr enthalten sei.

Die innere Rechtfertigung dieser Gradation des Versuches wird Theils von Gründen der Objectivität, Theils von Gründen der Subjectivität hergenommen. Die objectiven Gründe der geringeren Strafbarkeit der entfernteren Versuchshandlungen sollen darin liegen, daß dieselben weniger gefährlich seien, als wenn sie der Vollendung näher gestanden hätten [8]). Allein rein objectiv genommen sind alle Versuchshandlungen ungefährlich, indem die Vollendung immer nur darum unterbleibt, weil unzulängliche oder unwirksame Mittel angewendet waren, oder weil der Verbrecher die Umstände, welche die Vollendung verhinderten, nicht beseitigt hatte. Keines Falles kann zugegeben werden, daß sich die Gefährlichkeit nach den Graden abstufe, in welchen der Verbrecher in seiner Thätigkeit fortgeschritten war [9]). Nach subjectiver Rücksicht

---

von der Entfernung abhängig gemacht, in welcher der Versuch von der Vollendung geblieben, und im Sächs. G.B. wird der beendigte Versuch als der schwerste Fall angedeutet.

7) Vgl. darüber Zachariä a. a. O. S. 4 ff. Meine Abhandlungen, I. S. 267 ff.

8) S. Zachariä a. a. O. §. 172 u. 173.

9) Der Mörder, welcher zielt (unbeendigter Versuch), ist gewiß eben-

sollen die entfernteren Grade des Versuches weniger strafbar sein, weil der Handelnde eine desto größere Intensität seines verbrecherischen Willens zeige, je weiter er in seiner verbrecherischen Thätigkeit fortschreite und sich der Vollendung nähere [10]). Allein bei jeder Versuchshandlung, die überhaupt strafbar sein soll, muß es bewiesen sein, daß der Wille der Vollendung fest und entschieden in dem Verbrecher vorhanden sei. Es ist unbegründet, daß in der Vollendung eine größere Intensität des verbrecherischen Willens liege, als im Versuche, indem ganz unbestreitbar der beendigte Versuch und die Vollendung sich in subjectiver Hinsicht ganz gleich stehen. Geht man nicht von der Voraussetzung aus, bei welcher die Strafbarkeit des Versuches überhaupt gänzlich ausgeschlossen sein würde, daß der Handelnde freiwillig von der Vollendung abgestanden haben würde [11]), so kann auch bei dem nicht beendigten Versuche nicht zugegeben werden, daß es dem Handelnden an der erforderlichen Intensität des verbrecherischen Willens fehle.

Wie vielmehr der Grund, aus welchem der Versuch geringer strafbar ist als die Vollendung, nur darin liegt, daß mit ihm entweder gar kein Erfolg oder ein geringerer hervorgebracht wird, so können consequenter Weise verschiedene

---

so gefährlich als Derjenige, welcher fehlgeschossen hat (beendigter Versuch). Vgl. auch gegen Zachariä Köstlin a. a. O. S. 406 ff.

10) S. Köstlin a. a. O. S. 401 ff.

11) Zachariä a. a. O. S. 56 meint, es sei eine unrichtige Voraussetzung, daß Derjenige, der die Ausführung beginne, dieselbe auch bis zur Vollendung fortsetzen werde. Mit demselben Rechte kann man es eine unrichtige Voraussetzung nennen, daß der Handelnde die begonnene Ausführung nicht fortsetzen werde. Es kann vielmehr im Criminalrechte Nichts vorausgesetzt, sondern muß Alles bewiesen werden. Ueber den Beweis, daß der Handelnde den Willen gehabt habe, seinen Versuch bis zur Vollendung fortzusetzen, s. unten §. 69. Vgl. auch Köstlin a. a. O. S. 405.

Grade der Strafbarkeit des Versuches nicht von den größeren oder geringeren Fortschritten in der verbrecherischen Thätigkeit, sondern nur davon hergenommen werden, ob durch den Versuch für sich allein genommen mehr oder minder an Erfolg hervorgebracht worden ist. Es liegt in der Natur der Sache, daß bei vielen Verbrechen der Versuch für sich allein einen verletzenden Erfolg hervorbringen kann, ohne daß deßwegen die Vollendung des beabsichtigten Verbrechens vorliegt. In den meisten Fällen wird ein solcher Versuch ein der Vollendung nahestehender sein, so daß in soweit die hier aufgestellte Ansicht zu dem nämlichen Resultate führt, als die gangbare Eintheilung des Versuches in verschiedene Grade. Aber in den Fällen, in welchen der beendigte Versuch noch gar keinen Erfolg hervorgebracht hat, läßt sich weder aus objectiven, noch aus subjectiven Gründen folgern, daß er härter als der nicht beendigte Versuch bestraft werden müsse [12]).

§. 68.

δ) Vom qualificirten Versuche.

Qualificirter Versuch wird der Fall genannt, da die zur Hervorbringung des beabsichtigten, aber nicht vollendeten Verbrechens unternommene Handlung zugleich als ein selbstständiges vollendetes Verbrechen erscheint [1]). Es entsteht hier die Frage, ob die Handlung als dieses selbstständige vollendete Verbrechen, oder als Versuch des beabsichtigten Verbrechens, oder ob sie in beiden Beziehungen zugleich zu bestrafen sei.

---

12) Vgl. meine Abhandlungen, I. S. 501 ff.

1) Ueber den qualificirten Versuch im Allgemeinen vgl. Hepp, Versuche über einzelne Lehren der St. R. W. S. 308. Zachariä, Bd. I. S. 264 ff. Meine Abhandlungen, Bd. I. S. 279 f. und S. 515 f. Köstlin a. a. O. §. 109, 112 u. 128. Bauer, Abhandlungen, Bd. I. S. 391 ff.

Da in jedem Falle das Verbrechen bestimmt wird durch den Willen, mit welchem gehandelt worden [2]), so kann nur dieser Wille darüber entscheiden, ob das Eine oder das Andere angenommen werde müsse. Als das selbstständige vollendete Verbrechen, welches die Handlung ihrer äußeren Erscheinung nach ist, kann sie darnach nur gestraft werden, wenn der Wille wirklich auf Hervorbringung desselben gerichtet war. Insofern sie daneben zugleich Versuch eines anderen Verbrechens ist, liegt alsdann eine Concurrenz zweier Verbrechen, eines vollendeten und eines versuchten, vor. Wenn dagegen der Wille nicht auf Hervorbringung des vollendeten Verbrechens, als welches die Handlung erscheint, sondern nur auf Hervorbringung des nicht vollendeten Verbrechens gerichtet ist, kann nur ein Verbrechen, nämlich ein Versuch des beabsichtigten Verbrechens angenommen werden. Wenn endlich der Wille auf Hervorbringung des vollendeten Verbrechens gerichtet war, als welches die Handlung erscheint, ohne daß dieselbe zugleich als ein Versuch eines weiteren Verbrechens angesehen werden darf, kann ebenfalls nur ein Verbrechen, nämlich das vollendete Verbrechen, als welches die Handlung erscheint, angenommen werden. Es sind darnach drei Fälle zu unterscheiden.

1) Der Fall, in welchem eine Concurrenz eines versuchten mit einem vollendeten Verbrechen angenommen werden muß. Dieser Fall ist vorhanden, wenn der Wille auf zwei Verbrechen gerichtet war. Diese doppelte Richtung des Willens ist nur möglich hinsichtlich zweier solcher Verbrechen, die nebeneinander selbstständig bestehen können, oder von welchen das eine nicht zugleich in dem Begriffe und Thatbestande des anderen enthalten ist [3]). Bei einer solchen Concurrenz kann

---

2) S. oben §. 31.

3) S. oben S. 265 und Köstlin a. a. O. S. 305, wo dieses

das hervorgebrachte vollendete Verbrechen entweder ein dolofes [4]) oder ein culpofes fein [5]), je nachdem es der Verbrecher beabsichtigt hatte, oder je nachdem es nur als möglich in seiner Vorstellung gelegen hatte. Ob das Eine oder das Andere der Fall sei, ist Sache des Beweises, der aus den Umständen des einzelnen Falles entnommen werden muß. Wie in einem solchen Falle zwei Verbrechen begangen sind, so ist auch zweifache Strafe begründet [6]). Die neuen Gesetzbücher stellen aber für die Fälle der idealen Concurrenz, unter welche diese Concurrenz des vollendeten mit dem versuchten Verbrechen gehört, mitunter das allgemeine Princip auf, daß nur die Strafe des schwersten Verbrechens unter einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Schärfung erkannt werden soll [7]).

2) Der Fall, in welchem nur ein Verbrechen und zwar ein Versuch des beabsichtigten Verbrechens angenommen werden kann. Dieser Fall ist vorhanden, wenn der Wille weder als dolus noch als culpa auf das vollendete Verbrechen, als welches die Handlung erscheint, sondern wenn er einzig

---

zunächst nur hinsichtlich der Concurrenz von dolus und culpa gesagt ist. Es gilt aber ebenso gut von der Concurrenz des dolus mit dolus, weil es gegen die Natur des menschlichen Geistes ist, zu gleicher Zeit das Nämliche zu wollen und nicht zu wollen.

4) Z. B. wenn Jemand Feuer anlegt, um den Bewohner des Hauses zu verbrennen. Hier concurrirt, wenn diese Absicht erreicht wird, vollendete Brandstiftung mit vollendeter Tödtung, außerdem mit versuchter Tödtung. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 141, und Köstlin a. a. O. S. 428 u. 444. Es können in einem solchen Falle auch zwei Versuche miteinander concurriren.

5) Alsdann ist es culpa dolo determinata, von welcher schon oben §. 39 die Rede gewesen ist.

6) L. 9. C. de accusationib. (IX. 2.)

7) Ueber die Concurrenz vgl. unten den fünften Abschnitt; vorläufig Feuerbach, §. 126 ff. und die Noten von Mittermaier.

und allein auf das nicht hervorgebrachte Verbrechen gerichtet war. Das scheinbar hervorgebrachte vollendete Verbrechen kann alsdann gar nicht als Verbrechen in Betracht kommen, weil ohne Willen überhaupt nicht von einem Verbrechen die Rede sein kann. Der Wille kann aber in keiner Weise auf dieses scheinbare vollendete Verbrechen gerichtet gewesen sein, wenn dasselbe nur unter der Voraussetzung, daß das beabsichtigte Verbrechen nicht hervorgebracht werden würde, hervorgebracht werden konnte. Denn die auf dieses Verbrechen gerichtete Absicht schließt nothwendig aus, daß auch das andere Verbrechen in der Absicht gelegen habe. Ebenso wenig kann es mit jener Absicht bestehen, daß sich der Handelnde die Hervorbringung dieses Verbrechens als möglich gedacht habe, und daß es also wenigstens seiner culpa zugeschrieben werden könne. Denn indem er bei der Absicht die Vorstellung hat, daß er das beabsichtigte Verbrechen mit Bestimmtheit hervorbringen werde, kann er es sich nicht zugleich als möglich vorstellen, daß er nicht dieses, sondern das andere Verbrechen hervorbringen werde. Das gilt zunächst in dem Falle, da das seiner äußeren Erscheinung nach vollendete Verbrechen in dem Thatbestande des beabsichtigten Verbrechens, wenn es zu seiner Vollendung gekommen wäre, aufgegangen sein würde [8]). Es gilt aber auch in dem Falle, da die zur Hervorbringung des beabsichtigten Verbrechens unternommene

---

8) Z. B. Anwendung von Gewalt, um zu nothzüchtigen oder zu rauben, oder Wunden, die in der Absicht, zu tödten, zugefügt wurden. Von diesem letzten Beispiele behaupten viele Criminalisten, z. B. Feuerbach, §. 111, Note 6 und Bauer a. a. O. S. 397, daß in ihm eine Concurrenz von vollendeter Körperverletzung und versuchter Tödtung vorliege. Man beruft sich dafür auch auf die P. G. O. Art. 130, wo durch Vergiftung bewirkte Gesundheitsverletzung und versuchte Tödtung bedrohet seien. Allein vgl. dagegen Hepp a. a. O. S. 308, Note 10. Zachariä a. a. O. §. 140. Köstlin a. a. O. S. 444.

Handlung den Gegenstand, an welchem dasselbe beabsichtigt wurde, verfehlt und an einem anderen Gegenstande einen verletzenden Erfolg hervorbringt, der nur eintreten konnte, wenn das beabsichtigte Verbrechen an jenem Gegenstande nicht hervorgebracht wurde [9]). In diesen Fällen kann nur ein

---

9) Es ist dieses vorzugsweise der sehr bestrittene Fall der s. g. aberratio delicti, wenn der Schuß oder Streich, welcher dem Einen bestimmt war, fehl geht und einen Anderen trifft. Gewöhnlich hat man bei Erörterung dieser Streitfrage den Fall im Auge, da an dem Getroffenen die nämliche Verletzung hervorgebracht wird, die an dem Verfehlten beabsichtigt wurde. Viele Criminalisten wollen in diesem Falle Vollendung des dolosen Verbrechens annehmen, z. B. Wächter, Lehrbuch, §. 163, Note 4; Henke, Handbuch, Bd. II. S. 37; Martin, Lehrbuch, §. 107; Pfotenhauer, der Einfluß des Irrthums, 2te Abtheilung, S. 71 ff.; Köstlin a. a. O. S. 279 ff. Andere entscheiden sich für Concurrenz eines Versuchs mit einem culposen Verbrechen, z. B. Gesterding, im neuen Archiv des C.R. III. S. 486 ff.; Heffter, im neuen Archiv des C.R. XII. S. 287 und Lehrbuch §. 70; Zachariä a. a. O. §. 143; meine Abhandlungen, Band I. S. 516, Note 1; Geib, im Archiv des C.R. Jahrg. 1837, S. 561 ff. Jahrg. 1838, S. 36 ff. Jene Ansicht gründet sich darauf, daß die beabsichtigte Verletzung wirklich hervorgebracht sei, während es für den Begriff und Thatbestand gleichgültig sei, ob sie an diesem oder an jenem Menschen hervorgebracht werde. Das Letztere ist zwar richtig: allein es folgt daraus nur, daß es keinen Unterschied macht, ob der Getroffene, gegen welchen die Absicht gerichtet war, dieser oder jener Mensch war. Dagegen läßt sich nicht wohl bestreiten, daß im Aberrationsfalle der Getroffene wider die auf den Verfehlten gerichtete Absicht getroffen wird. Daß bei der Aberration der Getroffene gegen die Absicht getroffen wird, erkennt das Römische Recht in einem besonderen Falle an, L. 4. D. de injuriis (XLVII. 10.), während bei einer bloßen Verwechselung der Personen der Getroffene allerdings Derjenige ist, der getroffen werden sollte; L. 18. §. 3. D. eod.; vgl. oben §. 35, Note 3. Wenn bei der Aberration die Verletzung des Getroffenen der Absicht des Handelnden zugeschrieben werden könnte, müßte das auch in dem Falle gelten, da an dem Getroffenen eine größere oder geringere Verletzung hervorgebracht wurde, als an

Versuch der beabsichtigten Verbrechens, und nicht eine Concurrenz des Versuches mit einem vollendeten Verbrechen angenommen werden; aber der durch diesen Versuch hervorgebrachte objective Erfolg muß bei Ausmessung der Strafbarkeit allerdings in Betracht kommen [10]).

3) Der Fall, in welchem nur das vollendete Verbrechen angenommen werden kann, als welches die Handlung erscheint. Dieser Fall ist vorhanden, wenn der Wille wirklich auf Hervorbringung dieses Verbrechens gerichtet ist, ohne daß dasselbe zugleich als eine solche Handlung erscheint, welche auf den Willen, ein anderes Verbrechen zu begehen, gedeutet, und darum als Versuch desselben angesehen werden kann. Dieser Fall gehört eigentlich gar nicht in die Lehre vom Versuche und brauchte bloß in der negativen Beziehung, daß bei ihm von einem Versuche nicht die Rede sein kann, erwähnt zu werden [11]).

§. 69.

d) Freiwilliges Abstehen vom Versuche.

Es ist ein mit ziemlicher Einstimmigkeit von den neueren Criminalisten angenommener Grundsatz, daß die Straf-

---

dem Verfehlten beabsichtigt wurde. Daß aber hier die hervorgebrachte Verletzung nicht zum dolus zugerechnet werden kann, liegt in der Natur der Sache und ist wohl kaum bestritten; vgl. Pfotenhauer a. a. O. S. 100 ff. Dagegen hat die hier bestrittene Ansicht darin Recht, daß sie die durch Aberration hervorgebrachte Verletzung nicht zur culpa zurechnen will. Bei einem Schlage oder Schusse, von welchem nur Einer getroffen werden kann, muß der dolose Wille hinsichtlich des Verfehlten den culposen Willen hinsichtlich des Getroffenen ausschließen, oder, wie man es auch ausdrücken kann, die culpa von dem dolus absorbirt werden.

10) S. oben §. 67.

11) Z. B. das Stehlen einer Flinte oder anderer Instrumente, um damit verbrecherische Handlungen vorzunehmen, oder eine Brandstiftung, um bei der dadurch verursachten Verwirrung zu stehlen. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 141, und Bauer a. a. O. S. 393.

barkeit des Versuches durch freiwilliges Abstehen von demselben aufgehoben werde [1]). Man beruft sich dafür weniger auf das Römische Recht [2]), als vielmehr auf die P. G. O. Art. 178, wo zur Strafbarkeit des Versuches erfordert wird, daß der Thäter durch andere Mittel wider seinen Willen an der Vollendung verhindert worden sei. In diesen Worten wird zwar nicht in positiver Weise ausgedrückt, daß Reue, von welcher der Thäter vor der Vollendung ergriffen wird, oder das freiwilliges Abstehen vom Versuche die Strafbarkeit desselben ausschließe: aber es folgt aus ihnen allerdings, daß Derjenige nicht gestraft werden kann, der nicht durch äußere Umstände wider seinen Willen, sondern aus eigenem

---

1) Feuerbach, §. 42. Martin, §. 49. Wächter, §. 86. Heffter, §. 76. Abegg, §. 96. — Die älteren Criminalisten sind meistens der Ansicht, daß durch das freiwillige Abstehen die Strafe des Versuches nur gemildert werde. Vgl. darüber Zachariä, a. a. O. §. 282.

2) Viele Criminalisten wollen schon im Römischen Rechte das Princip anerkannt finden, daß freiwilliges Abstehen den Versuch straflos mache; sie berufen sich dafür hauptsächlich auf L. 19. pr. D. de lege Cornel. de fals. (XLVIII. 10.), außerdem auf L. 11. D. de in jus vocando. (II. 4.) L. 10. D. ad leg. Pomp. de parr. (XLVIII. 9.) L. 5. C. ad leg. Jul. majest. (IX. 8.) L. 3. C. de apostatis. (I. 7.) Daß aber diese Stellen nicht dafür sprechen, s. Zachariä a. a. O. §. 269—273, und meine Abhandlungen, I. S. 271 ff. Indem das römische Recht zwischen Versuch und Vollendung gar nicht unterscheidet, sondern die Handlungen, die nach der Auffassung des einheimischen Rechtes Versuche sind, formell als vollendete Verbrechen ansieht, kann es gar nicht darauf gekommen sein, in dem freiwilligen Abstehen vom Versuche einen Strafaufhebungsgrund anzuerkennen. Nach der Auffassung des römischen Rechtes ist vielmehr freiwilliges Abstehen vom Versuche Reue nach Vollendung der That, worin es entschieden keinen Grund der Strafloſigkeit erblickt. L. 65. D. de furtis. (XLVII. 2.) L. 5. D. vi bonor. rapt. (XLVII. 8.) L. 3. D. quod quisque juris. (III. 2.) Anderer Meinung ist Köstlin a. a. O. S. 390.

Antriebe bewogen wurde, von der Fortsetzung des Versuches abzustehen [3]).

Die neueren Gesetzbücher haben meistens die ausdrückliche Bestimmung, daß der Versuch straflos sei, wenn der Thäter freiwillig von der begonnenen Ausführung wieder abstehe [4]). Eine Ausnahme machen nur das Preussische Landrecht und das Sächsische Gesetzbuch. Das erstere giebt Demjenigen, der aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht und dabei solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann, nur Anspruch auf Begnadigung [5]). Das letztere nimmt bei Demjenigen, der von einem bereits begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äußere Umstände gehindert worden zu sein, freiwillig wieder absteht, nur eine geminderte Strafbarkeit an, welche höchstens bis zu einjähriger Arbeitshausstrafe geht [6]).

---

3) Manche Criminalisten, z. B. Tittmann, Handbuch, §. 98, Note v, und Grolman, §. 169, Note 2 (auch Marezoll, §. 31, scheint ihnen beizutreten), sind der Ansicht, daß in dem Art. 178 nur die Freiheit von peinlicher Strafe, nicht aber gänzliche Strafloſigkeit anerkannt werde. Vgl. aber dagegen oben §. 20, Note 4, und Hepp, a. a. O. S. 310.

4) Bayersch. G.B. Art. 58. Würtemb. G.B. Art. 73. Hannov. G.B. Art. 34. Nr. 3. Großh. Hess. G.B. Art. 69. Braunschw. G.B. §. 69. Indessen sind diese Gesetzbücher weit davon entfernt, hinsichtlich der Bedingungen und Erfordernisse der Strafloſigkeit untereinander übereinzustimmen. Vgl. darüber den nächstfolgenden §. — Im Oestreich. G.B. §. 7 wird in ähnlicher Weise, wie in der P.G.O., zur Strafbarkeit des Versuches erfordert, daß die Vollbringung des Verbrechens wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben sei, woraus per argumentum a contrario die Strafloſigkeit des freiwilligen Abstehens hervorgeht.

5) Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20, §. 43.

6) Sächs. G.B. Art. 28. — Nach dem Bayersch. G.B. Art. 59 und nach dem Hannov. G.B. Art. 35 kann indessen wegen eines solchen

Die Strafloſigkeit Desjenigen, der den Verſuch aus eigenem Antriebe abbricht, folgt aus dem Begriffe und Weſen des Verſuches. Denn es liegt in dieſem Falle im rechtlichen Sinne noch gar keine Handlung vor, welche mit dem Willen der Vollendung begangen geweſen wäre. Zwar iſt richtig, daß der Thäter, ehe er ſeine verbrecheriſche Thätigkeit abbrach, bereits mit dem Willen der Vollendung gehandelt hatte: aber dieſes Handeln kann nicht als ein ſelbſtſtändiges angeſehen werden, welches abgeſondert von dem Abbrechen der verbrecheriſchen Thätigkeit in Betracht kommen könnte. Denn die ganze verbrecheriſche Thätigkeit iſt von ihrem Beginne bis zu ihrer Beendigung eine einzige ungetheilte Handlung. Sie kann zwar in einzelne Acte zerlegt werden: aber ſie iſt deſſenungeachtet nur eine einzige Handlung, deren Einheit dadurch begründet wird, daß dieſe Acte aus dem einen ungetheilten Willen der Vollendung hervorgegangen ſind [7]). Deßwegen fehlt es bei dieſer ganzen ungetheilten Handlung an dem Willen, das Verbrechen zu vollenden, wenn dieſer Wille erliſcht während des einen oder des anderen der Acte, die zu ihr gehören. Wie die früheren Acte, bei welchen der Thäter ſeinen verbrecheriſchen Willen noch nicht aufgegeben hatte, nicht als ſelbſtſtändige Handlungen hätten in Betracht kommen können, wenn er in ſeiner verbrecheriſchen Thätigkeit fortgeſchritten wäre, ſo kann der Umſtand, daß er dieſelbe abgebrochen hat, auch nicht bewirken, daß ſie als ſelbſtſtändige Handlungen angeſehen werden müſſen [8]). —

ſtrafloſen Verſuches beſondere polizeiliche oder disciplinariſche Aufſicht verfügt werden, was in vielen Fällen ebenſo empfindlich iſt, als eine Strafe.

7) S. oben S. 370 u. 371.

8) Im Weſentlichen ſtimmen mit dieſer Begründung der Strafloſigkeit überein Zachariä a. a. O. §. 256 und Köſtlin a. a. O. S. 392. Nur ſcheint der Ausdruck, daß der vorhanden geweſene Wille durch die

Es ist also gar kein Versuch mehr, wenn der Thäter den Willen der Vollendung wieder aufgiebt, bevor er die Handlung begangen, von welcher er die Vollendung erwartete. Dabei entsteht die Frage, ob die Handlungen, welche der Thäter bereits begangen, als selbstständige Verbrechen angesehen werden können, wenn sie die äußere Erscheinung eines selbstständigen vollendeten Verbrechens an sich tragen. Nach gemeinem Rechte muß unterschieden werden, ob diese Handlungen auch in dem Falle, da der Thäter seine Thätigkeit nicht abgebrochen hätte, neben dem alsdann strafbaren Versuche als selbstständige Verbrechen hätten angesehen werden können, oder nicht. Im ersteren Falle, in welchem ein qualificirter Versuch vorhanden ist [9]), kann allerdings durch den Umstand, daß die Handlung nicht als Versuchshandlung bestraft werden kann, nicht aufgehoben werden, daß der Thäter zugleich ein anderes Verbrechen begangen hat. Wie er in diesem Falle bei Fortsetzung des Versuches oder bei Vollendung des Verbrechens mit zwei Strafen zu belegen gewesen wäre, so bleibt immer noch die eine verwirkte Strafe übrig, nachdem die andere durch das Abbrechen der verbrecherischen Thätigkeit hinweggefallen ist. Im anderen Falle dagegen, wenn bei Nichtabbrechung der verbrecherischen Thätigkeit nur

---

Willensänderung rückwärts annullirt oder rückwärts bedeutungslos werde, nicht ganz passend zu sein, weil er zu dem von Bauer a. a. O. S. 355 und Anderen gemachten Einwande Veranlassung giebt, daß geschehene Dinge nicht ungeschehen gemacht werden können. Auf den Grund dieses Einwandes wird häufig behauptet, daß es gar keinen Rechtsgrund für die Strafloſigkeit des freiwilligen Abstehens vom Versuche gebe, sondern daß nur Gründe der Strafpolitik dafür sprechen. Vgl. Bauer a. a. O. S. 358. Allein mit den Gründen der Politik ist es immer eine mißliche Sache, wie denn auch von Anderen, z. B. von Kleinschrod, Systematische Entwickelung der Gradbegr. des peinl. R. Th. I. §. 42, Gründe der Politik gegen die Strafloſigkeit vorgebracht werden.

9) Vgl. darüber oben §. 68.

eine Strafe wegen des Versuches gegen den Thäter zu erkennen gewesen wäre, muß er durch das Hinwegfallen derselben gänzlich straflos werden. Es wird zwar häufig behauptet, daß auch in diesem Falle der Thäter bestraft werden müsse wegen des selbstständigen Verbrechens, als welches Das, was er bereits gethan, erscheine [10]). Allein wenn seine Handlung vor dem Abbrechen der verbrecherischen Thätigkeit kein selbstständiges Verbrechen war, kann sie auch durch das Abbrechen derselben nicht dazu werden, da durch das freiwillige Abstehen vom Versuche auf keinen Fall ein Verbrechen, welches nicht schon vorher vorhanden gewesen, gebildet werden kann [11]). Die neueren Gesetzbücher haben

---

10) Vgl. Zachariä a. a. O. Bd. II. S. 293. Meine Abhandlungen, I. S. 520.

11) Zachariä a. a. O. beruft sich für seine Meinung darauf, daß in der P. G. O. Art. 178 für die vollbrachte Missethat gar nicht die Bestimmung gegeben sei, daß Strafloſigkeit eintreten solle. Allein es kann in dem fraglichen Falle gar nicht von einer vollbrachten Missethat die Rede sein. Denn zu jedem Verbrechen gehört der Wille, es hervorzubringen, und es kann, wenn der Wille gar nicht darauf gerichtet war, eine Verletzung als ein selbstständiges Verbrechen hervorzubringen, mit der Hervorbringung dieses selbstständige Verbrechen gar nicht begangen worden sein. Als hierher gehöriges Beispiel wird in der Regel der Fall angeführt, da der von dem Mordversuche Abstehende bereits Wunden zugefügt habe. Hier soll er wegen des selbstständigen Verbrechens der Verwundung bestraft werden können. Richtig ist allerdings, daß er nicht straflos sein kann. Er kann aber gemeinrechtlich nicht bestraft werden wegen der Verwundung, die als ein selbstständiges Verbrechen gar nicht in seinem Willen gelegen hatte, sondern nur aus dem im folgenden §. zu entwickelnden Grunde, weil in diesem Falle ein bereits beendigter Versuch vorliegt, der durch freiwilliges Abstehen nicht straflos werden kann. Es ist inconsequent, in diesem Falle, wie Zachariä a. a. O. §. 140 mit Recht thut, bei nicht abgebrochenem Tödtungsversuche die begangene Körperverletzung nicht als ein selbstständiges Verbrechen anzusehen, und bei abgebrochenem Versuche sie als ein selbstständiges Verbrechen zu be-

aber meistens jene unrichtige Lehre in sich aufgenommen, indem sie bei der Straflosigkeit des Versuches, von welchem der Thäter freiwillig abgestanden, den Vorbehalt machen, daß ihn die Strafe des selbstständigen Verbrechens treffen solle, als welches die Versuchshandlung erscheine [12]).

Der Thäter hätte allerdings wegen des Versuchs bestraft werden können und müssen, wenn er vor dem Aufgeben des verbrecherischen Willens in seiner verbrecherischen Thätigkeit durch äußere Umstände unterbrochen worden wäre. Es ist möglich, daß er seinen verbrecherischen Willen auch noch freiwillig aufgegeben haben würde, wenn diese Unterbrechung nicht dazwischen gekommen wäre. Aber diese Möglichkeit kann nicht in Betracht kommen, da sie keine Wirklichkeit ist, und es doch gewiß bleibt, daß er den besseren Willen nicht wirklich gefaßt hatte. Man darf dagegen nicht sagen, daß dabei die Fortdauer des verbrecherischen Willens ohne genügenden Grund präsumirt werde [13]), da in keinem Falle die Möglichkeit ausgeschlossen sei, daß der Thäter seinen verbrecherischen Willen aufgegeben haben würde. Denn der Thäter kann nur bestraft werden für Das, was er wirklich gethan hat, nicht aber für Das, was er vielleicht noch gethan oder nicht gethan haben würde. Es ist gar nicht die präsumirte zukünftige Fortdauer des verbrecherischen Willens, wegen deren bestraft wird, wer in seiner verbrecherischen Thätigkeit unterbrochen wird, bevor er dieselbe freiwillig aufgegeben hatte, sondern der in der Vergangenheit liegende Wille, den er bis zum Momente der Unterbrechung gehabt hat.

---

strafen. Zachariä a. a. O. II. S. 257. Vgl. gegen Zachariä auch Bauer a. a. O. S. 399.

12) Bayersch. G.B. Art. 63. Sächs. G.B. Art. 28. Würtemberg. G.B. Art. 73. Hannov. G.B. Art. 34. Großh. Hess. G.B. Art. 70. Braunschw. G.B. §. 69.

13) S. auch oben S. 411, Note 11.

Wer dagegen den Willen der Vollendung aufgiebt, bevor er die Handlung, von welcher er sie erwartete, beendigte, hat bei seiner ganzen Handlung gar nicht den Willen gehabt, das Verbrechen zu vollenden.

§. 70.

Fortsetzung.

Bedingungen der Strafloſigkeit des abgebrochenen Verſuches.

Die begonnene Ausführung des Verbrechens ist straflos, wenn der Thäter seine Thätigkeit in solcher Weise abbricht, daß die Vollendung des Verbrechens mit seinem Willen unterbleibt. Man kann dafür allerdings den gangbar gewordenen Ausdruck „freiwilliges Abstehen vom Versuche" gebrauchen: aber man darf sich durch diesen Ausdruck nicht verleiten lassen, in jedem Falle, in welchem vielleicht gesagt werden kann, daß der Thäter freiwillig von dem Versuche abgestanden sei, einen strafloſen Versuch anzunehmen [1]). Ein freiwilliges Abstehen vom Versuche ist auch denkbar, ohne daß die Vollendung mit des Thäters Willen unterblieben ist. Die Strafbarkeit des Versuches kann aber durch das freiwillige Abstehen nur aufgehoben werden, wenn es dabei mit des Thäters Willen geschichet, daß die Vollendung unterbleibt. Daraus ergeben sich zwei Bedingungen für die Strafloſigkeit des durch freiwilliges Abstehen unterbrochenen Verſuches.

Erſtens. Der Thäter muß seine Thätigkeit unter den nämlichen äußeren Umständen abgebrochen haben, welche bei

---

1) In den gemeinrechtlichen Quellen kommt dieser Ausdruck nicht vor; dagegen ist er in dem Sprachgebrauche der Doctrin und der neuen Gesetzbücher üblich geworden; vgl. die §. 69, Note 1 u. 4 citirten Lehrbücher und Gesetzbücher.

der Fassung seines früheren Entschlusses in seiner Erwartung und Berechnung gelegen hatten. Jeder Entschluß beruht auf der Voraussetzung, daß gewisse factische Verhältnisse dasein oder nicht dasein werden, unter welchen die beschlossene Handlung vorgenommen werden sollte. Das Aufgeben eines gefaßten Entschlusses, dessen Ausführung bereits begonnen war, kann nur darin bestehen, daß der Thäter von der Fortsetzung seiner Thätigkeit absteht, ungeachtet er jene Voraussetzung bestätigt findet. Wenn er seine Thätigkeit nur aus dem Grunde nicht fortsetzte, weil er andere factische Verhältnisse vorfand, als er erwartet und berechnet gehabt hatte, hat er den gefaßten Entschluß nicht wirklich aufgegeben. Wie er vielmehr seine Thätigkeit fortgesetzt haben würde, wenn er seine Erwartung bestätigt gefunden hätte, so unterläßt er auch in diesem Falle die Fortsetzung seiner Thätigkeit nicht darum, weil er seinen Entschluß aufgegeben hatte, sondern nur aus dem Grunde, weil er nicht den neuen Entschluß fassen mochte, unter den veränderten Verhältnissen mit seiner Thätigkeit fortzufahren. Der Thäter unterläßt zwar in diesem Falle mit der beschlossenen und begonnenen Thätigkeit fortzufahren: aber dennoch unterbleibt die Vollendung wider seinen Willen, weil er den Entschluß zu derjenigen Thätigkeit, von welcher er sie erwartet, nicht wirklich aufgegeben hatte.

Daß die Vollendung wider des Thäters Willen unterbleibt, ist nicht nur in dem Falle wahr, da die Umstände, welche wider Erwarten und Berechnung des Thäters eintreten, in wirklichen Hindernissen bestanden, die er nicht zu überwinden vermochte [2]), sondern auch alsdann anzunehmen, wenn ihm durch dieselben die Fortsetzung seiner Thätigkeit

---

2) Z. B. Widerstand von Seiten des Angegriffenen.

nur erschwert, bedenklich gemacht oder verleidet [3]), oder das Interesse an der Hervorbringung des Verbrechens genommen wurde [4]). Denn da in allen diesen Fällen der Thäter seine Thätigkeit fortgesetzt haben würde, wenn diese Umstände nicht eingetreten wären, so geschieht es auch nicht in Folge des von ihm aufgegebenen Entschlusses, wenn er sich durch dieselben bewegen läßt, seine Thätigkeit abzubrechen. In sofern es in diesen Fällen dem Thäter möglich gewesen wäre, in seiner Thätigkeit fortzufahren, läßt sich allerdings sagen, daß er freiwillig von dem Versuche abgestanden sei: aber dessenungeachtet unterbleibt die Vollendung wider seinen Willen, indem sie unterbleibt nicht weil er seinen früheren Entschluß aufgegeben hatte, sondern weil er nicht den Entschluß fassen mochte, unter den veränderten Verhältnissen in seiner Thätigkeit fortzufahren.

Wenn dagegen der Thäter unter den nämlichen Verhältnissen, die bei Fassung des Entschlusses in seiner Erwartung und Berechnung gelegen, unterläßt, in seiner Thätigkeit fortzufahren, unterbleibt die Vollendung in der That mit seinem Willen [5]). Denn alsdann kann es nur in einem wirklichen

---

3) Z. B. der Dieb findet die zu erbrechende Thür fester, als er erwartet hatte, oder er wird durch ein entstehendes Geräusch verscheucht, oder er findet Nichts, was ihm die Mühe zu lohnen scheint, es mitzunehmen.

4) Z. B. der Nothzüchter läßt von fernerer Gewalt ab, weil sich die Angefallene ihm freiwillig hingiebt; oder der Mörder, weil ihm sein Opfer Geld oder einen anderen Vortheil bietet, oder weil er die Entdeckung macht, daß er von dem Morde nicht den erwarteten Nutzen haben werde.

5) In den neuen Gesetzbüchern wird die Sache in verschiedener Weise ausgedrückt. Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20. §. 23: „Wer aus eigener Bewegung von der Vollendung des Verbrechens absteht." Oestreich. G.B. §. 7: „Wenn die Vollbringung des Verbrechens wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder

Aufgeben des von ihm gefaßten Entschlusses seinen Grund haben, daß er die begonnene Thätigkeit abbricht. Was er bereits gethan hatte, muß straflos sein, weil es keine für sich bestehende Handlung ist, sondern nur ein Bestandtheil der Handlung, welche zu begehen er den Entschluß aufgegeben hatte. Der Beweggrund, aus welchem er seinen Entschluß aufgegeben, kann dabei keine Bedeutung haben [6]). Mag es Gewissensregung, Furcht vor der Strafe, Mitleid oder Schwäche gewesen sein: in jedem Falle liegt keine mit verbrecherischem Willen begangene Handlung mehr vor, wenn der Thäter, ohne durch äußere Umstände dazu bewogen worden zu sein, die Fortsetzung seiner verbrecherischen Thätigkeit unterlassen hatte [7]).

---

durch Zufall unterblieben ist." Bayersch. G.B. Art. 58: „Wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äußere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor der Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist." Sächs. G.B. Art. 28: „Ein Verbrecher, der von einem bereits begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äußere Umstände gehindert worden zu sein, freiwillig wieder absteht." Würtemb. G.B. Art. 73: „Wenn der Thäter an Vollführung der That nicht durch zufällige, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert worden, sondern freiwillig, sei es aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor der Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist." Hannov. G.B. Art. 34. Nr. 3.: „Wenn der Handelnde, ohne dazu durch ein äußeres Hinderniß oder durch Zufall genöthigt zu sein, aus freiem Antriebe von der beabsichtigten That völlig abgestanden ist." Großh. Hess. G.B. Art. 69: „Wenn der Thäter nachweist, daß er nicht wegen physischen Unvermögens oder anderer zufälliger von seinem Willen unabhängiger Umstände, sondern freiwillig und aus Reue von dem Unternehmen und zwar gänzlich abgestanden ist." Braunschweig. G.B. §. 69: „Der Thäter, welcher von der begonnenen Ausführung des Verbrechens aus freiem Antriebe völlig absteht."

6) Vgl. darüber Zachariä a. a. O. §. 261 u. 262.

7) Das Großherz. Hess. G.B. Art. 69 will Strafloſigkeit nur ein-

Zweitens. Der Versuch darf noch nicht bis zu den Handlungen fortgeschritten sein, von welchen der Thäter die Vollendung erwartet hatte, oder mit anderen Worten, der Versuch darf noch nicht beendigt sein. Denn nach der Vornahme dieser Handlungen ist die Vollendung immer wider seinen Willen unterblieben. Der Thäter kann zwar noch nach der Vornahme dieser Handlungen von dem Versuche abstehen, wenn er sich nämlich dabei beruhigt, die Vollendung nicht hervorgebracht zu haben, und wenn er unterläßt, die weiteren darauf hinzielenden Handlungen vorzunehmen, die ihm noch möglich gewesen wären [8]). Aber dessenungeachtet ist in diesem Falle die Vollendung wider seinen Willen unterblieben, da sie nicht eingetreten war in Folge der Handlungen, von welchen er sie erwartet hatte. Selbst wenn der Thäter, nachdem die von ihm erwartete Vollendung ausgeblieben, nicht allein keine weiteren darauf hinzielenden Handlungen vornimmt, sondern sogar Schritte thut, um die Wirksamkeit der von ihm vorgenommenen Handlungen abzuwenden oder zu vereiteln, ist die Vollendung wider seinen Willen unterblieben, da es diese späteren Schritte nicht ungeschehen machen können, daß er mit der Erwartung der Vollendung ge-

---

treten lassen, wenn der Thäter freiwillig und aus Reue von dem Unternehmen abstand. Es ist dabei die Absicht gewesen, die Furcht vor der Strafe nicht als einen Beweggrund des freiwilligen Abstehens, bei welchem Strafloſigkeit eintreten könnte, gelten zu lassen. Vgl. Breitenbach, Commentar, I. Bd. 2. Abtheilung, S. 204 f. Allein es wird schwer sein, die genaue Gränze zwischen Reue und Furcht vor der Strafe zu finden. Nur darf es nicht mit Furcht vor der Strafe verwechselt werden, wenn in dem Thäter durch ein dazwischen kommendes Ereigniß die Furcht erweckt wird, entdeckt zu werden.

8) Z. B. der Mörder hat eine Doppelflinte und unterläßt, nachdem er mit dem einen Laufe gefehlt hat, den anderen abzuschießen. Oder der Brandstifter unterläßt, nachdem der eingelegte Zündstoff nicht in der erwarteten Weise gezündet hat, seinen Versuch zu wiederholen.

handelt hatte [9]). Wie es in diesem Falle unzweifelhaft ist, daß die Vollendung, wenn sie dennoch eintritt, mit seinem Willen eingetreten ist, weil sie in Folge der Handlungen eintrat, von welchen er sie erwartet hatte, so ist sie auch, wenn sie nicht eintritt, wider den Willen, mit welchem er gehandelt hatte, unterblieben [10]). Die neueren Gesetzbücher lassen zwar in dem Falle, da der Thäter die Wirksamkeit der von ihm vorgenommenen Handlungen aufhebt oder vereitelt, mitunter Erlaß oder Milderung der Strafe eintreten: aber es geschieht das nach einem anderen Gesichtspuncte und

---

9) Z. B. der Mörder läßt es bei der in tödtlicher Absicht zugefügten Wunde oder bei der eingegebenen Giftdosis bewenden, und ruft noch Hülfe herbei, um den Gefährdeten zu retten.

10) Zachariä, a. a. O. §. 263 u. 264, behauptet, daß das freiwillige Abstehen auch bei beendigtem Versuche die Strafbarkeit aufhebe. Er giebt zwar zu, daß die Strafe des vollendeten Verbrechens eintreten müsse, wenn die Vollendung ungeachtet des freiwilligen Abstehens erfolge, und daß es darnach kommen könne, daß zwei Thäter, die moralisch auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen, auf sehr verschiedene Weise juristisch zu beurtheilen seien: allein er glaubt dieses allerdings sehr erhebliche Bedenken durch die Bemerkung beseitigen zu können, daß das der Einfluß des sogen. Zufalls sei, der sich nun einmal aus unserem Strafrechte nicht verdrängen lasse. Der Zufall hat bei dem objectiven Standpuncte unseres germanischen Strafrechtes allerdings einigen Einfluß, indem es oft nur von ihm abhängt, ob das Verbrechen versucht bleibt oder vollendet wird, und im ersteren Falle gelindere Strafe eintritt, als im letzteren: allein dieser Einfluß kann auf keinen Fall soweit gehen, daß Jemand, der aus subjectiven Gründen straflos wäre, wegen des objectiven Zufalls gestraft werden könnte. Wenn es überhaupt richtig wäre, daß aus dem Grunde, weil der Thäter nach beendigtem Versuche davon zurückgetreten oder noch thätig gewesen ist, den Erfolg seines Versuches zu vereiteln, Strafbarkeit eintreten müßte, so müßte das auch in dem Falle gelten, da der Erfolg dennoch eingetreten wäre. Vgl. gegen Zachariä auch Köstlin a. a. O. S. 395 f. und S. 424 ff. Bauer a. a. O. S. 360.

aus einem anderen Grunde [11]). Denn in diesem Falle handelt es sich eben nur um Erlaß oder Milderung der durch die vollendete Handlung bereits verwirkten Strafe, während im Falle des Abstehens vom Versuche gar keine Handlung vorliegt, durch welche Strafe verwirkt ist. Aber gerade daraus folgt, was auch von mehreren der neuen Gesetzbücher ausdrücklich ausgesprochen wird, daß Strafloſigkeit nur bei dem Abstehen von dem nicht bereits beendigten Versuche anerkannt werden kann [12]).

---

11) Namentlich bei der Brandstiftung, wo die neuen Gesetzbücher oft die Bestimmung haben, daß dem Thäter, welcher das eben ausgebrochene Feuer auf der Stelle wieder auslösche, entweder Strafloſigkeit oder wenigstens eine bedeutende Strafmilderung zu Theil werden solle. Oestreich. G.B. §. 148. g. Bayersch. G.B. Art. 253. Sächsisch. G.B. Art. 178. Würtemb. G.B. Art. 383. Hannov. G.B. Art. 187. Großh. Hess. G.B. Art. 416 u. 417. Braunschw. G.B. §. 208. Auch gehört hierher die Bestimmung des Sächs. G.B. Art. 65 und des Braunschw. G.B. §. 243, daß bei solchen Verbrechen gegen das Eigenthum, die nicht durch die Weise ihrer Begehung erschwert sind, freiwilliger Ersatz die Strafbarkeit völlig aufhebe und in den übrigen Fällen wenigstens zur Milderung gereiche. Nach dem Oestreich. G.B. §. 167 hört jeder Diebstahl und jede Veruntreuung auf, ein Verbrechen zu sein, wenn der Thäter, ehe die Obrigkeit sein Verschulden erfährt, den ganzen aus der That entspringenden Schaden wieder gut macht. Die übrigen Gesetzbücher stimmen darin überein, in dem freiwilligen Ersatze wenigstens einen bedeutenden Milderungsgrund anzuerkennen. Bayersches G.B. Art. 226. Würtemb. G.B. Art. 342. Hannov. G.B. Art. 299. Großh. Hessisch. G.B. Art. 376.

12) Hannoversch. G.B. Art. 34. Nr. 3. Großh. Hess. G.B. Art. 69. In den übrigen Gesetzbüchern wird das Erforderniß, daß der Versuch nicht beendigt sein dürfe, nicht ausdrücklich gemacht, sondern im Allgemeinen Strafloſigkeit zugesichert, wenn der Thäter, ohne durch äußere Umstände, Zufall oder Unvermögen verhindert zu sein, von dem Unternehmen abstehe; vgl. §. 69, Note 4.

§. 71.

Fortsetzung.

Beweis des aufgegebenen Willens der Vollendung.

In neuerer Zeit ist mehrfach die Frage erörtert worden, wie der Beweis zu führen sei, daß der Thäter den Willen der Vollendung aufgegeben habe. Damit hängt die andere Frage zusammen, ob es Sache des Angeschuldigten sei, diesen Beweis zu liefern. Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß der Beweis des aufgegebenen Willens der Vollendung ein Entschuldigungsbeweis sei, welcher dem Angeschuldigten in der Art obliege, daß er in Ermangelung dieses Beweises für schuldig genommen werden müsse [1]).

Man verstößt aber gegen die unbestreitbaren obersten Grundsätze des Strafprocesses, wenn man den Beweis erfordert, daß der Angeschuldigte den Willen der Vollendung aufgegeben habe, und wenn man verlangt, daß er selbst, wenn nicht das Gegentheil angenommen werden solle, diesen Beweis zu führen habe. Man macht ihm damit die Zumuthung, den Beweis seiner Unschuld zu führen, während ihm das unbestreitbare Recht zusteht, so lange für schuldlos gehalten zu werden, bis der Beweis seiner Schuld gegen ihn geführt worden ist [2]).

Denn der Beweis, daß der Thäter den Willen der Vollendung aufgegeben habe, ist gar kein besonderer Ent-

---

1) Zachariä a. a. O. §. 265 und 266. Von den neueren Gesetzbüchern hat das Großh. Hessische diese Ansicht angenommen, indem es Art. 69 verlangt, daß der Thäter *nachweise*, daß er freiwillig und aus Reue zurückgetreten sei. Vgl. Breitenbach, Commentar, I. Bd. 2. Abtheilung, S. 205 ff. Das Bayersche G.B. Art. 58 beschränkt sich darauf, daß *nicht vermuthet werden soll*, daß der Thäter freiwillig abgestanden sei.

2) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 399 f.

schuldigungsbeweis, der als Gegensatz zu dem Schuldbeweise gedacht werden könnte. Es gehört zum Begriffe des Versuchs, daß der Thäter mit dem Willen der Vollendung gehandelt habe. Wenn er diesen Willen aufgiebt, bevor er die Handlung, von welcher er sie erwartete, vollendet, hat er nicht mit dem Willen der Vollendung gehandelt und mithin keinen Versuch begangen [3]). In dem Beweise, daß Jemand mit dem Willen der Vollendung gehandelt, liegt mithin zugleich der Beweis, daß er diesen Willen behalten oder nicht aufgegeben hatte, bevor er die Handlung, von welcher er sie erwartet, vollendet hatte. Es stehen also die beiden Beweise, daß mit dem Willen der Vollendung gehandelt worden, und daß dieser Wille behalten oder nicht aufgegeben worden sei, bevor die Handlung, von welcher sie erwartet wurde, vollendet war, in der Art in einem ergänzenden Verhältnisse zu einander, daß jener nicht erbracht sein kann, wenn dieser nicht geführt ist. Folglich gehört es mit zu dem gegen den Angeschuldigten zu erbringenden Beweise, ohne welchen er überhaupt nicht eines Versuches schuldig befunden werden kann, daß er bei der in Frage stehenden Handlung den Willen der Vollendung behalten, oder was dasselbe ist, nicht aufgegeben habe. Es kann also gar nicht die Rede davon sein, auf welche Weise und von wem der Beweis, daß der Wille der Vollendung aufgegeben worden sei, geführt werden müsse.

Der Beweis aber, daß der Wille der Vollendung bei der in Frage stehenden Handlung nicht aufgegeben oder daß er behalten worden sei, kann, wie der Beweis des verbrecherischen Willens überhaupt, nur aus den Umständen der Handlung entnommen werden. Die Handlung, welche überhaupt als Versuchshandlung zu einem bestimmten Verbrechen

3) S. oben S. 420.

in Frage kommen soll, muß von solcher äußeren Beschaffenheit sein, daß sie auf den Willen der Vollendung gedeutet werden kann [4]). Daß der Thäter, der eine solche Handlung unternommen, den Willen der Vollendung wieder aufgegeben habe, kann nur in dem Falle angenommen werden, da er seine Thätigkeit unter den nämlichen äußeren Verhältnissen, die bei der Fassung seines früheren Entschlusses in seiner Erwartung und Berechnung gelegen, abgebrochen hatte [5]). Es kommt daher auf die Umstände an, unter welchen er seine begonnene Thätigkeit nicht fortsetzte. Wenn sich dem richterlichen Urtheile aus der Erwägung der eingetretenen Umstände die Gewißheit ergiebt, daß der Thäter ohne dieselben seine Thätigkeit fortgesetzt haben würde, so liegt eben darin der Beweis, daß er, ungeachtet er seine Thätigkeit nicht fortsetzte, den Willen der Vollendung nicht aufgegeben hatte, und daß dieselbe mithin wider seinen Willen unterblieben war.

§. 72.

II. Theilnahme.

1) Begriff derselben.

Der Ausdruck Theilnahme wird hier gebraucht, um diejenigen verbrecherischen Handlungen zu bezeichnen, die nicht als Urheberschaft angesehen und bestraft werden können [1]). Da jeder verbrecherischen Handlung ein auf Hervorbringung

---

4) S. oben S. 389.

5) S. oben S. 424.

1) Vgl. im Allgemeinen: Stübel, über die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828. Bauer, Abhandlungen, 1. Band, S. 411 ff. Köstlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, S. 450 ff. und S. 464 ff. Ziegler, die Theilnahme an einem Verbrechen nach P. G. O. Art. 148. 1845. Berner, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1847.

eines Verbrechens gerichteter Wille zu Grunde liegt, und da jede Hervorbringung eines Verbrechens einen Urheber voraussetzt, so kann eine verbrecherische Handlung, die nicht Urheberschaft ist, nur eine solche sein, durch welche der Handelnde die Urheberschaft eines Anderen in Bewegung setzen, unterstützen oder fördern will. Eine solche Handlung kann eine Theilnahmehandlung genannt werden, weil bei ihr der Handelnde einen Urheber, an dessen Handlung er Theil nehmen will, voraussetzt.

In den gemeinrechtlichen Quellen kommt der Ausdruck Theilnahme nicht vor. Die hierher gehörigen Handlungen werden in denselben durch die Ausdrücke „Rath, Hülfe, Beistand und Förderung" bezeichnet [2]). Dagegen ist der Ausdruck Theilnahme in dem Sprachgebrauche der Wissenschaft und neueren Gesetzgebung angenommen worden um im Allgemeinen die Fälle zu bezeichnen, in welchen hinsichtlich des nämlichen Verbrechens mehrere Mitschuldige vorhanden sind [3]). In diesem Sinne ist der Ausdruck Theilnahme weiter, als er hier gebraucht wird. Es können mehrere Mitschuldige an einem Verbrechen in der Art mitwirken, daß sie sämmtlich als Urheber angesehen werden müssen. Die Mitwirkung einzelner Mitschuldigen kann aber auch so beschaffen sein, daß keine Urheberschaft darin gefunden wer-

---

2) P. G. O. Art. 177 und Art. 40. Ueber den in Art. 148 vorkommenden Ausdruck „Ursacher" vgl. unten §. 78. Ueber die Bezeichnungsweise des römischen Rechtes s. oben §. 54, Note 5.

3) Preuss. L.R. Theil II. Tit. 20. §. 64 ff. Oestreich. G.B. §. 5. Bayersch. G.B. Kap. 3. Sächs. G.B. Kap. 5. Hannov. G.B. Art. 52. Braunschweig. G.B. §. 42. In dem Würtemberg. G.B. Art. 78 ff. und in dem Großh. Hessisch. G.B. Art. 74 wird der Ausdruck Theilnehmer nur für die Mitglieder eines Complottes gebraucht, während im Uebrigen zwischen Urhebern, Gehülfen und Begünstigern unterschieden wird.

den kann. Seiner sprachlichen Bedeutung nach kann der Ausdruck Theilnahme für beide Fälle gebraucht werden, während er hier nur für den letzteren Fall gebraucht werden soll. Diese Beschränkung rechtfertigt sich Theils dadurch, daß in jenem ersten Falle die Theilnahme durch die Urheberschaft absorbirt wird und besser durch den Ausdruck Miturheberschaft bezeichnet wird, Theils dadurch, daß es für die wissenschaftliche Darstellung nicht zweckmäßig erscheint, für zwei so wesentlich verschiedene Fälle, als Urheberschaft und Nichturheberschaft sind, den nämlichen Ausdruck zu gebrauchen. Man wird wenigstens dadurch in die Nothwendigkeit versetzt, noch ein weiteres Prädicat, wie gleiche Theilnahme oder Haupttheilnahme hinzuzufügen, um auszudrücken, ob der Fall der Urheberschaft oder der der Nichturheberschaft gemeint sei.

Es kann indessen immer nur auf die Sache und nicht auf den Ausdruck ankommen, bei welchem die Willkür immer einigen Spielraum hat. Es muß genügen, daß mit Bestimmtheit erklärt werde, in welchem Sinne der gewählte Ausdruck gebraucht werden solle. Daher ist jetzt das Wesen der hier sogenannten Theilnahme, d. h. derjenigen verbrecherischen Handlungen, die nicht Urheberschaft sind, zu erörtern.

§. 73.

Fortsetzung.

Der Unterschied zwischen Theilnahme und Urheberschaft ist darum von Bedeutung, weil im Falle der Vollendung des Verbrechens auf jene geringere Strafe als auf diese steht. Der Grund, aus welchem das einheimische Recht Denjenigen, der einem Missethäter zur Uebung einer Missethat wissentlicher und gefährlicher Weise einigerlei Hülfe, Beistand oder Förderung, wie das Alles Namen hat, thut, gelinder be-

straft [1]), als den eigentlichen Thäter, kann nur in der objectiven Rücksicht liegen, daß in seiner Thätigkeit nicht die Ursache der objectiven Existenz des Verbrechens gefunden werden kann [2]). Denn das Verbrechen würde ungeachtet dieser Thätigkeit nicht hervorgebracht worden sein, wenn nicht der

---

1) P. G. O. Art. 177.

2) S. oben §. 56, Note 3, wo gegen Köstlin, gegen welchen nun auch zu vergleichen ist Berner, a. a. O. S. 171 ff., gezeigt worden ist, daß der Begriff der Urheberschaft nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß das Verbrechen im Interesse oder für die Zwecke eines Anderen verübt wird. Daß das teutsche Strafrecht das Verbrechen, wenn es im Interesse eines Anderen verübt wird, nicht gelinder bestraft, als wenn es in eigenem Interesse begangen wird, bedarf kaum eines Beweises. Es ist in der Praxis nie daran gezweifelt worden, daß der Mandatar oder der Angestiftete, der im Auftrage oder auf Anstiftung eines Anderen einen Mord begeht, ein Mörder sei, der die volle Strafe des Mordes verwirkt habe. Die P. G. O. Art. 137 giebt nicht den entferntesten Anhaltepunct, um ihn in diesem Falle nicht als einen wirklichen Mörder anzusehen. Alle neuen Gesetzbücher stimmen darin überein, daß der Angestiftete wirklicher Urheber sei. Eine andere Frage, welche schon oben §. 58, Note 1 besprochen worden, ist es, ob auch der Anstifter in jedem Falle als Urheber, der die volle Strafe verwirkt habe, angesehen werden könne. — Berner, a. a. O. S. 171 ff. und S. 207 will den Urheber von dem Gehülfen (oder hier sogenannten Theilnehmer) gleichfalls durch die subjective Rücksicht unterscheiden, daß der Urheber für seine Absicht arbeite und die That als seine eigene hervorbringen wolle, während der Gehülfe die Ausführung einer fremden Absicht befördern, oder zum Erfolge mitwirken wolle, ohne jedoch das Verbrechen zu seiner eigenen Angelegenheit zu machen. Indessen scheint Berner nur in der Ausdrucksweise von der hier vertheidigten Ansicht, daß nur nach objectiver Rücksicht zwischen Urheber und Theilnehmer unterschieden werden könne, abzuweichen. Denn daß er die That als seine eigene hervorbringen wolle, oder daß er für seine Absicht arbeite, kann nur von Demjenigen, aber auch immer von Demjenigen gesagt werden, der die Handlungen, die mit dem Erfolge in Causalzusammenhange stehen, selbst vornehmen will.

Urheber die Handlungen vorgenommen hätte, die es nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges zur Existenz bringen mußten. Es ist möglich, daß der Urheber ohne die Thätigkeit des Theilnehmers diese Handlungen nicht vorgenommen haben würde: aber immer hat es nicht in dieser Thätigkeit, sondern nur in seiner eigenen Entschließung seinen Grund, daß er diese Handlungen vornahm. In subjectiver Hinsicht giebt es keinen Grund, den Theilnehmer geringer zu bestrafen, da sein Wille auf das nämliche Verbrechen, welches der Urheber hervorbringen will, gerichtet ist [3]).

Theilnahmehandlungen, die geringer strafbar sind, als die Urheberschaft, sind daher diejenigen Handlungen, die mit dem Willen begangen werden, daß ein Anderer das Verbrechen begehe. Dieser Wille beruht auf der Vorstellung, daß der Andere in Folge der Theilnahmehandlung die verbrecherischen Handlungen, die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehen, vornehmen werde. In der Vorstellung des Theilnehmers findet allerdings zwischen seiner Handlung und der Existenz des Verbrechens insofern Causalzusammenhang Statt, als er erwartet, daß der Urheber in Folge der Theilnahmehandlung das Verbrechen begehe: aber dieser Causalzusammenhang ist kein wirklicher oder objectiver, sondern nur ein subjectiver, in seiner Vorstellung liegender, wegen dessen er in subjectiver Hinsicht mit dem Urheber auf gleicher Stufe der Strafbarkeit steht.

Der Unterschied zwischen Theilnahme und Urheberschaft liegt darin, daß die Handlungen, welche der Theilnehmer begehen will, mit der Existenz des Verbrechens nicht in wirklichem Causalzusammenhange stehen, während dieser Cau-

---

3) Daher wird auch im Römischen Rechte für den Urheber und den Theilnehmer gleiche Strafbarkeit angenommen. Vgl. oben §. 54, Note 5.

ſalzuſammenhang bei den Handlungen, welche der Urheber vornehmen will, Statt findet. Der Unterſchied bezieht ſich daher nur auf das Mittel, durch welches das Verbrechen zur Exiſtenz gebracht werden ſoll. Der Urheber will ſich dazu ſeiner eigenen, der Theilnehmer der verbrecheriſchen Handlung eines Anderen bedienen. In ihrem Willen findet allerdings inſofern Verſchiedenheit Statt, als ſie ſich verſchiedener Mittel bedienen wollen. Aber dieſe Verſchiedenheit iſt keine rechtliche, ſondern nur eine factiſche, wegen deren ein rechtlicher Unterſchied in ſubjectiver Hinſicht zwiſchen Urheber und Theilnehmer nicht angenommen werden kann [4]). Es findet vielmehr zwiſchen beiden ein rechtlicher Unterſchied nur in objectiver Hinſicht Statt, der lediglich darauf beruhet, ob zwiſchen der Handlung und der Exiſtenz des Verbrechens Cauſalzuſammenhang beſtehet, oder nicht. Wenn daher Mehrere als bei der Ausführung des nämlichen Verbrechens betheiligt in Frage kommen, ſo ſind ſie entweder Urheber (Miturheber), oder bloße Theilnehmer, je nachdem ihre Handlungen mit der Exiſtenz des Verbrechens in Cauſalzuſammenhang ſtehen, oder nicht.

§. 74.

2) Subjective Beſchaffenheit der Theilnahmehandlungen.

a) Doloſe und culpoſe Theilnahme. Theilnahme an einem doloſen und einem culpoſen Verbrechen.

Die ſubjective Beſchaffenheit der Theilnahmehandlungen beſteht in dem Willen, der im Begriffe der Theilnahme liegt. Der Theilnehmer will, daß der Urheber das Verbrechen begehe. Man kann nur Das wollen, wovon man ſich vorſtellt, daß es in Folge der Handlung eintrete, zu welcher man ſich

4) S. oben §. 53.

entschlossen [1]). Daß also der Theilnehmer will, daß der Urheber das Verbrechen begehe, ist nur in der Art möglich, daß er sich vorstellt, derselbe werde es in Folge der Theilnahmehandlung begehen, oder werde durch dieselbe Veranlassung, Möglichkeit oder Gelegenheit erhalten, die mit dem Verbrechen in Causalzusammenhange stehenden Handlungen vorzunehmen. Hierin liegt der Wille, ohne welchen es keine Theilnahme geben kann. Indem er diesen Willen hat, ist sein Wille auf dasjenige Verbrechen gerichtet, von welchem er will, daß der Urheber es begeht.

An sich ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Wille des Theilnehmers, dem Urheber zur Begehung des Verbrechens Veranlassung, Gelegenheit oder Möglichkeit zu geben, sowohl als dolus als auch als culpa vorkommen kann. Denn der Einfluß, den der Theilnehmer auf die Thätigkeit des Urhebers hervorbringen will, ist an sich ein Erfolg, den er sowohl mit Bestimmtheit erwartet, also beabsichtigt, als auch als nur möglich vorhergesehen haben kann. Es würde darnach nicht allein dolose, sondern auch culpose Theilnahme geben können [2]). Es ist aber ein durch das gemeine Straf-

1) S. oben S. 238.

2) Ein Beispiel culposer Theilnahme würde sein, durch unbedachtsame Rede Jemandem Anreizung oder Verführung gegeben oder die Gelegenheit zur Begehung eines Verbrechens verrathen zu haben. Köstlin a. a. O. S. 502 u. S. 513, und Berner a. a. O. S. 212 u. S. 270, behaupten, die Möglichkeit einer culposen Theilnahme sei schon nach dem Begriffe der Theilnahme ausgeschlossen. Allein selbst wenn man den Begriff der Beihülfe so fassen will, als es von den genannten Schriftstellern geschiehet, folgt daraus nicht die Unmöglichkeit einer culposen Beihülfe. Denn wenn das Wesen der Beihülfe darin liegt, daß man sich zum Mittel für den Zweck eines Anderen macht, oder daß man einem Anderen zur Erreichung seiner Absicht behülflich ist, warum soll nicht unterschieden werden können, ob man den Zweck oder die Absicht bei dem Anderen als bestimmt voraussetzt, oder ob man es sich nur als möglich vorstellt, daß

recht hindurchgehender und auch in den neuen Gesetzbüchern, mit Ausnahme des Bayerschen, angenommener Grundsatz, daß zur strafbaren Theilnahme die Absicht gehöre, auf die Thätigkeit des Urhebers den angegebenen Einfluß auszuüben [3]).

Mit der Unterscheidung in dolose und in culpose Theilnahme nicht zu verwechseln ist die Unterscheidung in Theilnahme an einem dolosen Verbrechen und in Theilnahme an einem culposen Verbrechen [4]). Diese Unterscheidung beruht darauf, ob das Verbrechen des Urhebers, an welchem Theil

---

er ihn gehabt habe? Ich selbst habe früher in meinen Abhandlungen Band II. S. 349, Note 1 die Möglichkeit einer culposen Theilnahme aus dem Grunde geleugnet, weil man, so lange man das Gegentheil nicht mit Bestimmtheit wisse, worin eben das Dolose liegen würde, nicht füglich an die Möglichkeit glauben könne, daß man einen Anderen zu einem Verbrechen veranlassen oder darin unterstützen werde. Allein daran ist nur so viel richtig, daß die Fälle selten sein werden, in welchen der Beweis geführt werden kann, daß Jemand, der von dem verbrecherischen Vorhaben eines Anderen nicht bestimmte Kenntniß hatte, sich die Möglichkeit vorgestellt habe, er werde einen Anderen zu Verbrechen veranlassen oder darin unterstützen. Darum ist es für eine Gesetzgebung zweckmäßig, nur eine dolose Theilnahme anzunehmen, und Handlungen, in welchen allenfalls eine culpose Theilnahme gefunden werden könnte, wie aufreizendes und verführerisches Reden, Verkauf von verbotenen Waffen, Gift, Pulver, Ditrichen u. s. w. als selbstständige Verbrechen mit Strafe zu bedrohen.

3) L. 53. §. 2. D. de R. J. (L. 16.) L. 50. §. 2. D. de furtis. (XLVII. 2.) P. G. O. Art. 177. Oestreich. G.B. §. 5. Sächs. G.B. Art. 36 u. 37. Würtemberg. G.B. Art. 74, 75 u. 84. Hannov. G.B. Art. 53 u. 66. Großh. Hess. G.B. Art. 71 u. 83. Braunschw. G.B. §. 41 ff. Das Bayersche G.B. Art. 64 läßt aber die Strafe der Fahrlässigkeit eintreten gegen Denjenigen, der unabsichtlich durch Reden oder Handlungen eines Anderen gesetzwidrigen Entschluß veranlaßt.

4) Vgl. Abegg, Lehrbuch, §. 74. Meine Abhandlungen, Bd. II. S. 349, Note 1.

genommen wird, ein dolofes oder ein culpofes ist. Die Möglichkeit einer Theilnahme an einem culpofen Verbrechen läßt sich nicht füglich bestreiten [5]). Sie besteht darin, daß man einen Anderen zu einer Handlung veranlaßt oder in einer Handlung unterstützt, von welcher man weiß, daß er mit ihr einen verbrecherischen Erfolg zwar nicht beabsichtige, aber doch hervorbringen könne. Wenn man die Möglichkeit zugeben muß, daß man dieses Wissen hinsichtlich der Handlung eines Anderen haben könne, kann man auch nicht die Möglichkeit einer Theilnahme an dem culposen Verbrechen eines Anderen in Abrede stellen. Daß die Theilnahme an einem culposen Verbrechen nicht strafbar sei, kann nicht daraus geschlossen werden, daß die Gesetze nicht die Strafbarkeit der culposen Theilnahme anerkennen. Dagegen folgt aus den Gesetzen, welche die Strafbarkeit der dolosen Theilnahme im Allgemeinen anerkennen, daß auch die dolose Theilnahme an einem culposen Verbrechen für strafbar gehalten werden muß [6]).

---

5) Köstlin, a. a. O. S. 502, und Berner, a. a. O. S. 213, leugnen die Möglichkeit einer Beihülfe zu einem culposen Verbrechen. Auch Hefftter, Lehrbuch, §. 85, scheint das zu thun, indem er es zu den Erfordernissen der Beihülfe rechnet, daß ein dolofes Verbrechen von einem Anderen bezielt werde. Allein der von Köstlin und Berner angeführte Grund, daß man nicht für den Zweck oder die Absicht eines Anderen arbeiten könne, wenn dieser den Zweck oder die Absicht nicht wirklich habe, ist nicht zutreffend. Denn man kann sich wohl vorstellen, daß der Andere bei Verfolgung der Absicht, zu welcher man ihm behülflich sein will, auch einen darüber hinaus liegenden Erfolg hervorbringen kann. Warum soll nicht der Beihülfe zu einer culposen Tödtung schuldig sein, wer Jemandem ein Aphrosidiacum verschafft, mit welchem derselbe eine Tödtung verursachte?

6) Das Bayersche G.B. Art. 47, Nr. II. erkennt dieses ausdrücklich an, wenigstens hinsichtlich der von ihm zur intellectuellen Urheberschaft gerechneten Theilnahme, welche in der Bestimmung eines Anderen zur Begehung eines Verbrechens liegt. Vgl. auch Bauer a. a. O. S. 432.

§. 75.

b) Zufällige, bestimmte und unbestimmte, generelle und specielle Theilnahme.

Der Theilnehmer will, daß der Urheber in Folge der Theilnahmehandlung die Handlungen begehe, die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehen. Er stellt sich also vor, daß er durch seine Handlung einen Einfluß auf den Urheber ausüben werde, vermöge dessen derselbe diese Handlungen vornehme. Theilnehmer kann daher nur sein, wer durch seine Handlung bewirken will, daß der Andere verbrecherisch handelt. Es ist deßwegen nicht in jedem Falle, da Mehrere bei Begehung eines Verbrechens zusammentreffen, wirkliche Theilnahme vorhanden. Denn wenn Keiner von ihnen auf den Anderen den Einfluß ausüben will, daß er das Verbrechen begehe, sondern wenn Jeder ohne Rücksicht auf den Anderen handelt und das Verbrechen selbst hervorbringen will, ist die Gemeinschaft der Mehreren eine bloß äußerliche, während eine innere Beziehung nicht zwischen ihnen Statt findet [1]). Es ist selbst möglich, daß das Zusammentreffen der Mehreren für die Einzelnen Veranlassung und Gelegenheit zur Begehung des Verbrechens wird, und daß das von ihnen begangene Verbrechen von der Art ist, daß es ohne das Zusammentreffen gar nicht hätte begangen werden können, ohne daß darum eine wirkliche Theilnahme zwischen ihnen Statt findet [2]). Es kann zwar wegen der äußeren Gemeinschaft für diese Fälle der Ausdruck zu-

1) Z. B. in dem häufig vorkommenden Falle, da Mehrere gleichzeitig, aber unabhängig von einander auf Holzdiebstahl ausgehen und im Walde zusammentreffen.

2) Hierher gehört der Fall des Handgemenges und der in demselben vorgefallenen Tödtungen und Körperverletzungen.

fällige Theilnahme gebraucht werden [3]): aber diese zufällige Theilnahme ist keine wirkliche Theilnahme, welche an einem von den Anderen begangenen Verbrechen Statt findet. Es ist vielmehr jeder solche Theilnehmer als Urheber desjenigen Verbrechens anzusehen, welches er nach Maßgabe seiner eigenen Thätigkeit begangen hat [4]).

---

3) Eine ähnliche Bezeichnung für diesen Fall kommt schon in der P. G. O. Art. 148 vor, Theils in der Ueberschrift „unfürsetzlich Beistandt thun", während in Art. 177 zur wirklichen Theilnahme erfordert wird, daß sie wissentlicher und geverlicher Weise geschehe, Theils im Texte des Artikels in den Worten „ungeschichts . . . einander helfen." Viele Criminalisten, z. B. Feuerbach, §. 52 und Wächter, §. 87, setzen der zufälligen Theilnahme die vertragsmäßige entgegen, je nachdem sie vorher zugesagt war oder nicht, wie auch in dem Braunschw. G.B. §. 42 der hier gemeinte Fall nicht vertragsmäßige Theilnahme genannt wird. Allein es erscheint unpassend, sowohl der vertragsmäßigen Theilnahme die zufällige entgegenzusetzen, als auch den hier gemeinten Fall der zufälligen Theilnahme durch den Ausdruck nicht vertragsmäßige Theilnahme zu bezeichnen. Denn der Gegensatz des Vertragsmäßigen ist das Nichtvertragsmäßige, während dieses keines Weges mit dem Zufälligen gleichbedeutend ist, wie z. B. Derjenige, der dem zum Verbrechen Entschlossenen die erforderlichen Mittel und Werkzeuge in die Hände spielt, ohne mit ihm in Mittheilung darüber getreten zu sein, zwar ein nichtvertragsmäßiger, aber doch darum kein zufälliger Theilnehmer ist. An sich läßt sich keine folgenreiche Unterscheidung der Theilnahme darauf gründen, ob sie vorher zugesagt war oder nicht. In wiefern durch das Vertragsmäßige Miturheberschaft begründet wird, kann erst weiter unten §. 80 und 81 zur Sprache kommen.

4) Hinsichtlich der in einem Handgemenge vorgefallenen Tödtungen und Verletzungen ist das sowohl im gemeinen Rechte als in den neuen Gesetzbüchern entschieden anerkannt. L. 17. D. ad leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) P.G.O. Art. 148. Die Auslegung dieses Artikels, soweit er nicht im ersten Abschnitte von der Theilnahme handelt, ist sehr bestritten. Gewöhnlich bezieht man den Artikel auf den Fall der nicht vorher verabredeten Theilnahme, wie das auch in meinen Abhandlungen, Band I. S. 452 ff. und Band II. S. 389 ff. geschehen ist. Vgl. auch

Der Wille aber, den der wirkliche Theilnehmer hat, daß nämlich der Urheber das Verbrechen begehe, ist nicht anders, als hinsichtlich eines bestimmten Verbrechens möglich.

Ziegler a. a. O. S. 78 ff. und Berner a. a. O. S. 358 ff. Allein damit die einzelnen Theilnehmer am Handgemenge als wirkliche Theilnehmer der in demselben vorgefallenen Tödtung angesehen werden könnten, müßten sie, wenn auch unverabredet, mit „fürgesetztem und vereinigtem Willen und Muth" handeln. Es würde alsdann der erste Abschnitt des Artikels auf sie in Anwendung kommen müssen und könnte nicht vorgeschrieben sein, daß vor Allem nach dem rechten Thäter geforscht und dieser als Todtschläger bestraft werden solle. In der That wird Niemand in dem von Berner a. a. O. S. 369 angeführten Beispiele bezweifeln, daß wenn in einem Raufhandel zwei Personen den Angefeindeten festhalten, damit die Uebrigen ihn durch Stockschläge tödten, Jeder von ihnen als Miturheber des Mordes bestraft werden müsse. Die Meinung des Artikels ist aber, daß die zufällige Theilnahme gar keine Theilnahme sei, und daß darum jeder Theilnehmer am Handgemenge nur als Urheber der von ihm selbst hervorgebrachten Verletzungen angesehen werden solle. Darum soll, wenn der Entleibte nur eine tödtliche Wunde hatte, derjenige allein als Todtschläger bestraft werden, der dieselbe zugefügt hatte. Wenn er keine tödtliche Wunde hatte, wenn also die Wunden nur durch ihr Zusammenwirken den Tod herbeigeführt hatten, soll Keiner als Todtschläger gestraft werden, was zuverlässig vorgeschrieben wäre, wenn sie als wirkliche Theilnehmer angesehen würden. Wenn ihm von Mehreren tödtliche Wunden zugefügt waren, ohne daß man die „sonderliche Hand und That" weiß, von welcher der Tod verursacht worden, soll Jeder, der eine solche Wunde zugefügt, als Todtschläger bestraft werden. Es ist hier nicht der Fall gemeint, da die mehreren Wunden durch ihr Zusammenwirken den Tod herbeiführen, sondern der Fall, da in jeder Wunde für sich allein die hinlängliche Ursache des Todes liegt. Denn nur von diesem Falle läßt sich sagen, daß man die sonderliche Hand und That nicht wisse, welche die Entleibung verursacht. Daß in diesem Falle Jeder, der eine solche Wunde zugefügt, als Todtschläger bestraft wird, hat seine Rechtfertigung darin, daß er eine Handlung begangen hat, in welcher die alleinige Ursache des eingetretenen Erfolges liegt. Denn der Fall ist hier ein anderer, als der oben §. 62, Note 6 und 8 angeführte, da der Tod erst dadurch herbeigeführt wird,

Manche Criminalisten machen zwar einen Unterschied zwischen bestimmter und unbestimmter Theilnahme, je nachdem sich dieselbe auf ein einzelnes bestimmtes Verbrechen oder auf eine Reihe zukünftiger Verbrechen, die entweder ihrer Art oder ihrer Anzahl nach noch unbestimmt seien, beziehe [5]). Eine solche unbestimmte Theilnahme soll namentlich in der gewerbsmäßigen Beförderung fremder Verbrechen und in der Mitgliedschaft in einer Bande liegen. Allein die gewerbsmäßige Beförderung ist hinsichtlich derjenigen Verbrechen, die sich ihrer Natur nach vorzugsweise dazu eignen, ein selbstständiges, für sich bestehendes Verbrechen [6]). Bei den übrigen Verbrechen, hinsichtlich welcher sie nicht als selbstständ-

---

daß zu der einen Wunde andere Wunden hinzukommen. — Ebenso haben die neuen Gesetzbücher im Allgemeinen den Grundsatz, daß jeder Theilnehmer an einer Schlägerei nur als Urheber der von ihm zugefügten Wunden bestraft werden könne. Preuss. L.R. Th. II. Tit. 20. §. 844 ff., wo indessen der von der früheren Praxis häufig angenommene Satz aufgenommen ist, daß nur Derjenige, der die erste tödtliche Wunde zugefügt, als Todtschläger bestraft werden solle, wenn dem Entleibten von Mehreren tödtliche Wunden beigebracht waren; Oestreich. G.B. §. 126. Bayersch. G.B. Art. 154 ff. Sächs. G.B. Art. 124. Würtemb. G.B. Art. 248. Hannov. G.B. Art. 232. Großh. Hess. G.B. Art. 273 ff. Braunschw. G.B. §. 153. In allgemeiner Beziehung von dem zufälligen Zusammentreffen Mehrerer bei Verübung eines Verbrechens handelt das Braunschw. G.B. §. 42.

5) Wächter, Lehrbuch, §. 90, Note 86. Grolman, Grundsätze, §. 36, wo die Ausdrücke generelle und specielle Theilnahme dafür gebraucht werden. Köstlin a. a. O. S. 485.

6) Das ist namentlich der Fall mit der Hehlerei und Partiererei beim Diebstahle und mit der Kuppelei bei den Unzuchtsverbrechen. Die neuen Gesetzbücher haben meistens einen eigenen Artikel über gewerbsmäßige Begünstigung von Verbrechen; Würtemb. G.B. Art. 91. Großh. Hess. G.B. Art. 90. Braunschw. G.B. §. 47. Allein die Begünstigung ist überhaupt gar keine eigentliche Theilnahme. Vgl. darüber den nächstfolgenden §. Das Hannov. G.B. Art. 76 spricht auch von gewerbs-

diges Verbrechen anerkannt ist, könnte das Gewerbsmäßige der Beförderung nur darin bestehen, daß sie schon oftmals ausgeübt worden wäre. Alsdann würde zwar Theilnahme vorhanden sein hinsichtlich der sämmtlichen einzelnen Verbrechen, bei welchen die Beförderung Statt gefunden hätte: aber diese Theilnahme würde hinsichtlich jedes einzelnen Verbrechens eine völlig bestimmte sein. Dagegen würden die noch in unbestimmter Zukunft liegenden Verbrechen, deren Beförderung dem Angeschuldigten allenfalls auch zuzutrauen wäre, in keiner Weise in Anschlag gebracht werden können. In derselben Weise können die Mitglieder einer Bande nur als bestimmte Theilnehmer derjenigen Verbrechen in Frage kommen, die wirklich begangen worden sind. Und ob sie hinsichtlich dieser Verbrechen wirklich Theilnehmer seien, kann nur davon abhängen, ob ihr Wille wirklich darauf gerichtet war, daß gerade die begangenen Verbrechen von den anderen Mitgliedern begangen würden. Die bloße Mitgliedschaft in der Bande steht noch in keiner Beziehung zu den einzelnen, von den anderen Mitgliedern begangenen Verbrechen. Dieselbe ist vielmehr entweder ein für sich bestehendes Verbrechen, oder ein Grund zu polizeilichen Sicherheitsmaßregeln [7]).

---

mäßiger Beihülfe und setzt in das Gewerbsmäßige einen besonderen Erschwerungsgrund. Allein die gewerbsmäßige Beihülfe kann keine unbestimmte sein, sondern nur eine schon oftmals ausgeübte bestimmte.

7) Nach gemeinem Rechte könnte unter Umständen Art. 128 oder Art. 176 der P. G. O. darauf in Anwendung kommen. Die neuen Gesetzbücher haben verschiedenartige Bestimmungen über Banden. Das Sächsische G.B. hat darüber gar keine allgemeine Bestimmung, sondern nur in Art. 232 die Vorschrift, daß bei Vereinigungen Mehrerer zu gemeinschaftlichem gewerbsmäßigen Diebstahle in jedem Falle mindestens auf drei Monate Arbeitshaus zu erkennen sei, und daß bei gesetzlich höher steigenden Strafen die Vereinigung zum Gewerbsmäßigen immer einen

Das bestimmte Verbrechen aber, an welchem Theil genommen wird, kann nur dasjenige sein, welches der Theilnehmer von dem Urheber begangen haben wollte. Daher kann es dem Theilnehmer nicht in Anrechnung gebracht werden, wenn von dem Urheber ein schwereres Verbrechen begangen wird, als worauf die Theilnahme gerichtet war [8]). Es kann auch kommen, daß die Theilnahme auf ein anderes,

---

Erschwerungsgrund bilden soll. Darnach können diejenigen Mitglieder der Vereinigung, welche weder einen bestimmten Diebstahl mit verabredet haben, noch sonst dabei thätig gewesen sind, gar nicht bestraft werden. Das Bayersche G.B. Art. 54 versteht unter Banden solche Complotte, die zur Verübung mehrerer, einzeln noch ganz unbestimmter Verbrechen einer gewissen Art oder Gattung eingegangen sind, und will in Art. 56 diejenigen Mitglieder, welche noch an keinem einzelnen Verbrechen durch Verabredung oder sonstige Mitwirkung Theil genommen, wie Gehülfen bestraft haben. Es kann aber natürlich dabei nicht die Gesammtheit der von den übrigen Mitgliedern wirklich begangenen Verbrechen, sondern nur die Verbrechensart im Allgemeinen, zu welcher die Bande zusammengetreten war, in Anschlag gebracht werden. Das Hannov. G.B. Art. 65 und das Braunschw. G.B. §. 38 wollen diejenigen Genossen, die noch in keiner Weise an einem bestimmten Verbrechen Theil genommen, mit der Strafe des nicht beendigten Versuchs des schwersten der Verbrechen, auf welche die Absicht gerichtet war, belegen. Systematisch richtiger ist es, daß in dem Großh. Hess. G.B. Art. 82 aus dem bloßen Beitritt zu einer Bande ein eigenes Verbrechen gemacht wird, auf welches Correctionshausstrafe bis zu zwei Jahren gesetzt ist. Ebenso ist in dem Würtemberg. G.B. Art. 185 die Vereinigung von mindestens drei Personen zur Verübung mehrerer, einzeln noch unbestimmter Verbrechen als ein besonderes Verbrechen unter die Friedensstörungen gestellt, dessen Strafe bei Vereinigung zu Mord, Brandstiftung oder Raub für die Anstifter und Anführer bis zu 10 Jahren, für die übrigen Theilnehmer bis zu 8 Jahren Zuchthaus gehen kann.

8) Es folgt dieses daraus, daß überhaupt nur die vorsätzliche Theilnahme strafbar ist. In mehreren der neuen Gesetzbücher ist es auch ausdrücklich ausgesprochen. Würtemb. G.B. Art. 86. Hannov. G.B. Art. 70. Braunschw. G.B. §. 52.

als das von dem Urheber begangene Verbrechen bezogen werden muß, ungeachtet dieser kein anderes Verbrechen begeht, als der Theilnehmer gewollt hatte. Hiermit hängt die Eintheilung in generelle und in specielle Theilnahme zusammen. Es giebt nämlich Verbrechen, welche ihrem Begriffe nach nur von Denjenigen begangen werden können, die sich in gewissen persönlichen Verhältnissen befinden, während die nämliche Handlung, von Anderen begangen, entweder gar kein Verbrechen oder ein anderes Verbrechen bildet [9]). Es ist darnach möglich, daß der Urheber wegen seiner persönlichen Verhältnisse mit der von ihm begangenen Handlung ein anderes Verbrechen begehet, als der nicht in diesen Verhältnissen sich befindende Theilnehmer begangen haben würde, wenn er diese Handlung vorgenommen hätte [10]). Nach der Ansicht vieler Criminalisten soll in diesem Falle nur eine Theilnahme hinsichtlich desjenigen Verbrechens angenommen werden, welches der Theilnehmer, wenn er als Urheber gehandelt hätte, begangen haben würde. Eine Theilnahme hinsichtlich des Verbrechens, welches der Urheber vermöge seiner persönlichen Verhältnisse begeht, soll dagegen nur möglich sein, wenn sich der Theilnehmer in den nämlichen persönlichen Verhältnissen befindet [11]). In diesem letzteren Falle wird die Theilnahme specielle genannt, weil sie sich auf die nämliche Species des Verbrechens bezieht, welches

---

9) Z. B. Verwandtenmord, Verwandtendiebstahl, Blutschande, Dienstverbrechen der Beamten.

10) Wenn z. B. der Urheber mit dem zu Ermordenden verwandt ist, während der Theilnehmer es nicht ist.

11) Feuerbach, Lehrbuch, §. 52. Konopak im alten Archiv des C.R. Band VII. S. 298 ff. Abegg, Lehrbuch, S. 118. Heffter, Lehrbuch, §. 81, 98, 255, Note 5. Bauer a. a. O. S. 425. Brakenhöft im Archiv des Criminalrechts, neue Folge 1840, S. 431 ff. Köstlin a. a. O. S. 194 ff.

von dem Urheber begangen wird. Im ersteren Falle dagegen, wenn der Theilnehmer die persönlichen Verhältnisse nicht hat, in welchen sich der Urheber befindet, wird die Theilnahme generelle genannt, weil sie nach jener Ansicht nicht an der von dem Urheber begangenen Species des Verbrechens Statt findet. Der Unterschied zwischen genereller und specieller Theilnahme muß allerdings gemacht werden, aber nicht darnach, ob sich der Theilnehmer in den nämlichen persönlichen Verhältnissen als der Urheber befindet, sondern nur darnach, ob das Verbrechen, welches er durch den Urheber hervorgebracht haben wollte, das nämliche war, welches dieser selbst hervorbringen sollte. Der Theilnehmer will aber immer dasjenige Verbrechen durch den Urheber hervorgebracht haben, welches nach seiner Vorstellung von dem Urheber begangen werden soll. Daher ist er immer Theilnehmer an demjenigen Verbrechen, von welchem er weiß, daß es der Urheber vermöge seiner persönlichen Verhältnisse begehet, ungeachtet er selbst sich nicht in diesen persönlichen Verhältnissen befindet [12]). Daneben aber kann er, der Theil-

---

12) L. 6. D. de lege Pomp. de parric. (XLVIII. 9.) §. 6. J. de publ. judic. (IV. 18.). Daß nicht entgegenstehen L. 34. L. 36. §. 1. L. 53. D. de furtis (XLVII. 2.) vgl. meine Abhandlungen, Band II. S. 356 ff., und mein Programm de socio delicti generali et speciali. Jenae 1845. S. auch Temme, Beiträge zum Preussischen Strafrechte, S. 34 ff., und Berner a. a. O. S. 207 ff. Ebenso wenig hört der Theilnehmer dadurch auf, es zu sein, daß er nicht den Vortheil und Genuß des Urhebers von dem Verbrechen hat, indem es z. B. Theilnahme am Diebstahl geben kann ohne gewinnsüchtige Absicht, L. 51. §. 1. L. 56. §. 4. D. de furtis; oder Theilnahme an einer Nothzucht ohne eigene Geschlechtslust. — Die neueren Gesetzbücher lassen die Frage nach dem Einflusse der persönlichen Verhältnisse des Urhebers und des Theilnehmers in der Regel unberührt. Das Würtemb. G.B. Art. 87 hat die hier vertheidigte richtige Ansicht (außer bei den Dienstvergehen), das Braunschw. G.B. §. 54 die entgegengesetzte Ansicht angenommen.

nehmer, sich seiner eigenen persönlichen Verhältnisse nicht dadurch entkleiden, daß er an dem Verbrechen eines Anderen Theil nimmt. Es kann deßwegen durch diese Verhältnisse das Verbrechen für ihn ein anderes, entweder schwereres oder leichteres werden, als es für den Urheber ist, der sich nicht in diesen Verhältnissen befindet [13]). Daß die Theilnahme eine generelle ist, d. h. daß sie auf ein anderes als das von dem Urheber begangene Verbrechen bezogen werden muß, kann daher den Erfolg haben, daß der Theilnehmer nach Maßgabe entweder eines schwereren oder eines leichteren Verbrechens, als der Urheber begehet, bestraft werden muß [14]).

§. 76.

3) Objective Beschaffenheit der Theilnahmehandlungen.

a) Vorausgehende, gleichzeitige, nachfolgende Theilnahme.

Die objective Beschaffenheit der Theilnahmehandlungen ist die äußere Beschaffenheit, die eine Handlung haben muß, um als Theilnahme angesehen werden zu können. Im Allgemeinen muß diese äußere Beschaffenheit darin bestehen, daß aus ihr der Wille des Theilnehmers erkannt werden kann,

---

13) In diesem Puncte sind die Note 11 citirten Rechtslehrer einverstanden. Nur Berner a. a. O. ist anderer Ansicht, indem er behauptet, daß der Sohn, der zur Ermordung seines Vaters einem Fremden Hülfe leistet, nicht Gehülfe eines Vatermordes sei.

14) Die Terminologie steht nicht ganz fest. Ich gebrauche hier die Ausdrücke genereller und specieller Gehülfe in dem Sinne von Feuerbach, §. 52. Andere, z. B. Konopak a. a. O, nennen speciellen Gehülfen denjenigen, für welchen das Verbrechen vermöge seiner persönlichen Verhältnisse zu einer besonderen Species wird, während der Urheber nur die Gattung hervorbringt. Darnach ist der dem Ermordeten verwandte Gehülfe des Mordes specieller Gehülfe, während er nach Feuerbach genereller genannt werden müßte.

daß der Urheber die Handlungen begehe, die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehen. Jede Handlung, durch welche bewirkt werden soll, daß der Urheber diese Handlungen begehe, ist eine Theilnahmehandlung, während umgekehrt eine Handlung, welcher dieser Wille nicht zu Grunde liegt, wenn sie auch zu dem Verbrechen eines Anderen in Beziehung steht, nicht als Theilnahmehandlung angesehen werden kann. Wenn der Theilnehmer zugleich mit dem Willen des Urhebers handelt, indem er sich nicht darauf beschränkt, auf die Thätigkeit des Urhebers die angegebene Einwirkung üben zu wollen, sondern selbst Handlungen vornimmt, die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhang stehen, gehet die Theilnahme in Urheberschaft über und wird zur Miturheberschaft.

Insofern der Theilnehmer bewirken will, daß der Urheber das Verbrechen begehet, muß die Theilnahme in seiner Vorstellung immer eine der Begehung des Verbrechens vorhergehende Handlung sein. Es pflegt zwar zwischen vorausgehender, zwischen gleichzeitiger und zwischen nachfolgender Theilnahme unterschieden zu werden, je nachdem sie vor, während oder nach der Begehung des Verbrechens geleistet wird [1]). Allein auch die gleichzeitige und die nachfolgende

1) Kleinschrod, systematische Entwickelung, Theil I. §. 201, §. 204, 206. Tittmann, Handbuch, Band I. §. 125 ff. Henke, Handbuch, Band I. §. 213. Nicht ganz richtig ist es, wenn von Berner a. a. O. S. 167 die vorausgehende Theilnahme so aufgefaßt wird, als sei sie Theilnahme an der Vorbereitung des Verbrechens und als sei nur die gleichzeitige Theilnahme wirkliche Theilnahme. Berner kann das freilich behaupten, wenn er alle Theilnahme, die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtet ist, gleichzeitige Theilnahme nennen will. Allein in diesem Sinne ist der Ausdruck „gleichzeitige Theilnahme" weder sprachlich richtig, noch üblich, wie denn auch wohl noch Niemand daran gedacht hat, unter vorausgehender Theilnahme eine solche zu verstehen, die nicht auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtet wäre.

Theilnahme muß unter den Gesichtspunct einer der Begehung des Verbrechens vorausgehenden Handlung gebracht werden können, wenn sie wirkliche Theilnahme sein soll. Denn der Theilnehmer muß sich die Begehung des Verbrechens als noch in der Zukunft liegend denken, um überhaupt den zur Theilnahme erforderlichen Willen haben zu können. In der That ist die sogenannte gleichzeitige Theilnahme schon ihrem Begriffe nach eine der Begehung des Verbrechens vorhergehende Handlung, da die Leistung während der Begehung eben voraussetzt, daß die Begehung selbst nicht beendigt sei [2]). Unter nachfolgender Theilnahme wird die sogenannte Begünstigung verstanden, welche dem Verbrecher nach vollbrachter That durch Verhehlung oder Unterstützung zur Flucht, durch Verbergung oder Wegschaffung der Gegenstände und Spuren des Verbrechens Vorschub leistet [3]). Derartige Handlungen können an sich nicht Theilnahmehandlungen sein, da nach der

---

Handlungen der vorausgehenden Theilnahme sind z. B. Rathsertheilung, Zusage von Hülfe nach der That, Herbeischaffung der Gelegenheit, der Mittel und Werkzeuge, Verbergung der Verbrecher bis zur Zeit der Ausführung, Unterstützung der Zusammenkünfte zur Verabredung u. s. w. Obgleich durch solche Handlungen das Verbrechen nur vorbereitet wird, so ist doch bei ihnen der Wille des Theilnehmers nicht in der Art auf die bloße Vorbereitung gerichtet, daß er wollte, der Urheber solle dabei stehen bleiben.

2) Beispiele gleichzeitiger Theilnahme sind: Wachestehen, Muthzusprechen bei der Handlung des Verbrechens, das Gestatten eines Ortes zur Ausführung, das Darreichen der nöthigen Instrumente während der Ausführung.

3) Manche Criminalisten, z. B. Wächter, §. 91, sprechen auch von einer Begünstigung vor der That, welche durch Nichtanzeigen oder Nichtverhinderung eines bevorstehenden Verbrechens begangen werde. Allein es liegt darin ein besonderes Unterlassungsverbrechen, in welchem keine eigentliche Theilnahme enthalten ist. Vgl. darüber oben §. 28.

Vollbringung des Verbrechens nicht mehr der Wille möglich ist, daß dasselbe begangen werden möge. Es ist aber möglich, daß solche Handlungen nur ein Act sind von einer vor der Vollbringung des Verbrechens anhebenden Handlung, in welcher eine wirkliche Theilnahme enthalten ist. Das ist immer der Fall, wenn solche Handlungen vorher dem Urheber zugesagt waren. Alsdann liegt die Theilnahmehandlung schon in der Ertheilung der Zusage, und dabei ist es für Begriff und Dasein der Theilnahme nicht ein Mal wesentlich, daß die zugesagte Handlung wirklich geleistet worden sei [4]). Eine Begünstigung dagegen, die nicht vorher zugesagt war, ist gar keine Theilnahme, sondern ein für sich bestehendes Verbrechen, bei dessen Bestrafung allerdings die Größe des Verbrechens, zu welchem sie hinzukommt, von Einfluß sein kann [5]).

---

4) Dagegen wird durch solche Handlungen, die darauf berechnet sind, den Handlungen des Anderen ihren Erfolg zu verschaffen, z. B. die weitere Verbreitung eines gefundenen Pasquills, die Unterschlagung des dem Vergifteten bestimmten Gegengiftes, die Erregung eines Luftzuges, um das angelegte Feuer in Gang zu bringen, keine bloße Begünstigung, sondern Miturheberschaft begründet, da sie mit der Hervorbringung des Verbrechens in wirklichem Causalzusammenhange stehen. Es kommt hierbei nur das in Frage, ob Beide als Urheber der Vollendung anzusehen seien, oder ob der Eine nur als Urheber eines Versuchs bestraft werden könne.

5) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 479. Die neuen Gesetzbücher führen zwar die Begünstigung nicht als ein besonderes Verbrechen im besonderen Theile auf, sondern handeln von ihr in dem nämlichen Abschnitte, in welchem von der Theilnahme die Rede ist. Aber sie unterscheiden regelmäßig zwischen der vorher zugesagten und der nicht zugesagten Begünstigung und rechnen nur die erstere zur eigentlichen Theilnahme oder Beihülfe. Bayersch. G.B. Art. 76, Nr. V. und Art. 84. Sächs. G.B. Art. 38. Würtemberg. G.B. Art. 84 und 89. Hannov. G.B. Art. 68,

§. 77.

b) Verschiedene Formen der Theilnahmehandlungen. Theilnahme durch physische und intellectuelle Handlungen, durch Begehungen und Unterlassungen.

Die Theilnahme kann in jeder der Formen vorkommen, welche oben als allgemeine Formen menschlicher Handlungen angegeben worden sind [1]). Es kann daher Theilnahme sowohl durch eine Begehung, als durch eine Unterlassung, deren jede entweder in physischer oder in intellectueller Weise geschehen kann, begangen werden. In einem gewissen Sinne ist jede Theilnahme eine intellectuelle Handlung, in sofern nämlich der Theilnehmer bewirken will, daß der Urheber die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehenden Handlungen begehe [2]). Man kann aber zwischen intellectueller und zwischen physischer Theilnahme unterscheiden, je nachdem der Theilnehmer auf intellectuelle oder auf physische Weise auf den Urheber den Einfluß ausüben will, daß er das Verbrechen begehe.

Intellectuelle Theilnahme durch positive Handlungen ist in allen Fällen vorhanden, in welchen Jemand durch geistige Mittheilung entweder den Willen eines Anderen zur Begehung des Verbrechens zu bestimmen oder den schon gefaßten verbrecherischen Entschluß desselben zu unterhalten und zu

---

Nr. 5 und Art. 74. Großh. Hess. G.B. Art. 83, Nr. 3 und Art. 87. Braunschw. G.B. §. 46 und 47.

1) S. oben §. 53.

2) Es ist zwar nicht wesentlich zum Begriffe der Theilnahme, daß der Urheber wisse, daß er einen Theilnehmer habe: aber keines Falles kann es einen Theilnehmer geben, der nicht von dem Urheber die mit der Existenz des Verbrechers in Causalzusammenhang stehenden Handlungen begangen haben will.

stützen oder seine Ausführung zu befördern sucht. Die hierher gehörigen Handlungen sind Befehl, zu dessen Befolgung keine gesetzliche Verbindlichkeit vorhanden war; Drohung, wenn sie nicht von solcher Dringlichkeit und Stärke war, um den Bedroheten in einen Nothstand zu versetzen; Auftrag, Geben oder Versprechen eines Lohnes, Rath, Ueberredung, Belehrung, Verführung und überhaupt jede, wenn auch nicht in ausdrücklichen Worten ausgesprochene Erklärung, durch welche Jemand entweder zur Fassung eines verbrecherischen Entschlusses bestimmt oder zur Ausführung desselben bewogen werden soll.

Es ist schon oben gezeigt worden, daß die Anstiftung zu einem Verbrechen in dem Falle, da der Angestiftete als Verbrecher handelt, nicht unter den Begriff der Urheberschaft subsumirt werden kann [3]). Für das gemeine Straf-

3) S. oben §. 58. Berner a. a. O. S. 256 glaubt den für meine Meinung angeführten Grund, daß kein Causalzusammenhang Statt finde zwischen der Anstiftung und der Begehung des Verbrechens von Seiten des Angestifteten durch die Frage zu beseitigen, was denn der Naturcausalismus thue, wenn man unmittelbar auf ihn einwirke. Man gebe ihm irgend einen Impuls, durch den man ihn auch nicht absolut bestimmen könne, weil der Zufall im Gebiete der Aeußerlichkeit sein launenhaftes Spiel treibe. Diesen Impuls nehme die Objectivität in ihr eigenthümliches Gebiet herüber, führe ihn nach ihren eigenen Gesetzen fort, und breche also ebenfalls die absolute Ursächlichkeit des den Impuls Gebenden ab. Allein daraus folgt keines Weges, daß der Anstifter hinsichtlich des Causalitätsverhältnisses Demjenigen gleich stehe, der unmittelbar auf den Naturcausalismus einwirkt. Berner selbst giebt zu, daß aller Wille reiner Anfang aus sich selbst sei, so daß also der verbrecherische Wille des Angestifteten nur aus ihm selbst hervorgegangen sein kann. Der Naturcausalismus, der durch einen ihm gegebenen Impuls in Bewegung gesetzt wird, ist aber kein Anfang aus sich selbst, indem vielmehr diese Bewegung ihren Anfang in dem Impulse hat.

recht giebt es keinen Grund, bei dem Anstifter den sonst angenommenen objectiven Gesichtspunct in Ausmessung der Strafbarkeit zu verleugnen und denselben ebenso hart als den Urheber zu bestrafen [4]). Dagegen haben die neuen Gesetzbücher die herrschende Lehre in sich aufgenommen, indem sie die Anstiftung oder Verleitung als Urheberschaft ansehen und bestrafen. Nach dem Systeme der neuen Gesetzbücher muß darnach unterschieden werden, ob durch die intellectuelle Handlung der Entschluß zum Verbrechen in dem Anderen hervorgerufen, oder ob der von ihm bereits gefaßte Entschluß durch sie nur unterstützt werden sollte. Im ersteren Falle wird Urheberschaft, im anderen bloße Theilnahme begangen. Der Sprachgebrauch hat für die einzelnen intellectuellen Handlungen nicht durchweg einen so bestimmten Ausdruck, um durch ihn allein eine Handlung als zur Urheberschaft oder zur Theilnahme gehörig zu bezeichnen [5]).

---

4) Vgl. darüber oben §. 58, Note 1. In der P.G.O. Art. 10 kommt zur Bezeichnung der intellectuellen Theilnahme der Ausdruck „Rath" vor und ist mit Förderung und Beistand ganz auf gleiche Stufe gesetzt. Ueber das „dazu Anrichten" in Art. 107 vgl. oben §. 58, Note 4. Gewöhnlich wird der in den Quellen hin und wieder vorkommende Ausdruck „Ursacher" von dem Anstifter verstanden. Vgl. Hefftter, Lehrbuch, §. 83, Note 4. Birnbaum, im Archiv des C.R. Jahrg. 1842, S. 7. Ziegler a. a. O. S. 18. In einem gewissen Sinne ist das richtig; der Ausdruck kommt nur bei solchen Delicten vor, die von Mehreren in Masse begangen werden sind, und soll Denjenigen bezeichnen, der die Zusammenrottung oder den Auflauf aufgewiegelt oder angefangen hat. P.G.O. Art. 148. Bamberg. H.G.O. Art. 152. R.A. von 1555, §. 43 und 45. Allein es folgt daraus Nichts für die gleiche Strafbarkeit des Anstifters und des Angestifteten, indem hier die Aufwiegelung als ein besonderes Verbrechen erscheint.

5) Es zeigt sich das an den in den neuen Gesetzbüchern angenommenen Ausdrücken. Die Ueberredung wird z. B. in dem Sächsisch. G.B.

Wenn ein Mal zwischen den intellectuellen Handlungen in der angegebenen Weise unterschieden werden soll, so kann nicht nach der Form der Handlung und der von ihr hergenommenen Bezeichnung derselben, sondern nur nach der Absicht des Handelnden, ob der verbrecherische Entschluß in dem Anderen hervorgerufen oder nur der bereits gefaßte unterstützt werden sollte, unterschieden werden. In dem Falle, da Mehrere gemeinschaftlich ein Verbrechen verabreden und beschließen, läßt sich von jedem Theilnehmer sagen, daß er den verbrecherischen Entschluß in dem Anderen hervorrufe [6]). Consequenter Weise müßte Jeder, der die Verabredung mit getroffen, als Urheber gestraft werden. Die neuen Gesetzbücher lassen aber die Strafe der Urheberschaft nur in dem Falle eintreten, da zu der Verabredung noch weitere fördernde Handlungen hinzu gekommen waren [7]).

Art. 36, dem Würtemb. G.B. Art. 74, dem Hannov. G.B. Art. 53, dem Braunschw. G.B. §. 41 zur Urheberschaft gerechnet, während sie in dem Großh. Hess. G.B. §. 83 unter den Fällen der Beihülfe aufgeführt wird. Rathsertheilung wird in dem Sächs. G.B. Art. 37, dem Großh. Hess. G.B. Art. 83, dem Braunschw. G.B. §. 46 als bloße Beihülfe oder ungleiche Theilnahme bezeichnet, während das Bayersche G.B. Art. 46 und das Hannov. G.B. Art. 63 Urheberschaft darin findet. Aehnliche Schwankungen lassen sich bei anderen hierher gehörigen Ausdrücken nachweisen.

6) Denn die Verabredung kommt erst dadurch zu Stande, daß Alle, zwischen welchen sie Statt finden soll, ihre Zustimmung gegeben haben. Einer muß allerdings das verabredete Verbrechen zuerst in Vorschlag gebracht haben. Aber es wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß jeder einzelne Theilnehmer durch die Theilnahme der Uebrigen zum Beitritte bewogen wird.

7) Es ist ein mit Uebereinstimmung in den neuen Gesetzbüchern angenommener Grundsatz, daß bei dem Complotte nicht die bloße gemeinsame Verabredung und Beschließung die Strafe der Urheberschaft begründet, sondern daß dazu noch eine weitere Mitwirkung erforderlich ist.

Intellectuelle Theilnahme durch Unterlassungen wird dadurch begangen, daß man unterläßt, die Handlungen vorzunehmen, durch welche ein Anderer entweder von der Fassung eines verbrecherischen Entschlusses hätte abgehalten oder zum Aufgeben des bereits gefaßten Entschlusses hätte bewogen werden können. Diese Unterlassung ist wohl zu unterscheiden von der Nichtanzeige oder Nichtverhinderung, von welcher schon oben die Rede gewesen ist [8]). Während dieses letztere Benehmen nicht als Theilnahme an dem nicht angezeigten oder nicht verhinderten Verbrechen angesehen werden kann, sondern ein besonderes Unterlassungsverbrechen bildet, ist es wirkliche Theilnahme, durch eine Unterlassung der hier gemeinten Art bewirken zu wollen, daß ein Anderer den verbrecherischen Entschluß faßt oder den gefaßten nicht aufgiebt. Dieser Wille ist immer anzunehmen, wenn Jemand unter Umständen, wo eine Erklärung darüber von ihm erwartet wurde und gegeben werden konnte, dem ihm mitgetheilten Plane des Anderen seine Billigung giebt, oder was dasselbe ist, unterläßt, seine Mißbilligung auszusprechen [9]).

Bloße Verabredung wird nur als Beihülfe angesehen oder mit der Strafe des Versuchs bedrohet. Bayersch. G.B. Art. 50 und 53. Sächs. G.B. Art. 33 und 37. Hannov. G.B. Art. 57 und 60. Würtemberg. G.B. Art. 79 und 81. Großh. Hess. G.B. Art. 74 und 77. Braunschw. G.B. §. 43, 44 und 45.

8) S. oben §. 28.

9) L. 1. §. 4. D. de servo corrupto (XI. 1.): „Non oportet laudando augeri malitiam.“ L. 152. D. de R. J. (L. 17.) Vgl. über diese Stelle oben §. 59, Note 11, und Berner a. a. O. S. 290. Daß Eltern hinsichtlich ihrer Kinder und Ehemänner hinsichtlich ihrer Frauen eine darüber hinausgehende rechtliche Verpflichtung hätten, die Verbrechen derselben zu verhindern, läßt sich nicht behaupten. Vgl. darüber meine Abhandlungen II. S. 257, Note 1. Eine besondere darauf bezügliche Vorschrift hat aber das Bayersch. G.B. Art. 79.

Physische Theilnahme durch positive Handlungen wird begangen durch jedes Benehmen, dem die Absicht zu Grunde liegt, die Mittel oder die Gelegenheit zur Begehung des Verbrechens zu verschaffen, zu erleichtern oder zu sichern. Als Beispiele solcher Theilnahme können angeführt werden: Darreichung der auf die That bezüglichen Mittel und Werkzeuge, Bereitung der Gelegenheit durch Eröffnung der Thüren, Verlockung des Bedroheten an den Ort des Verbrechens, Entfernung hülfeleistender Personen, Verbergung der Verbrecher bis zur Zeit der Ausführung, Unterstützung der Zusammenkünfte zur Verabredung, Gestattung eines Ortes zur Ausführung, Unterstützung bei der Begehung durch Wachestehen, Kundschaftgeben, Handreichen und Entfernen der Hindernisse, welche der Vornahme der Handlung entgegenstehen, und Leistung einer vorher zugesagten Begünstigung.

Durch Unterlassungen wird physische Theilnahme begangen, wenn durch sie Mittel oder Gelegenheit zur Begehung des Verbrechens gegeben werden sollte. Wann diese Absicht anzunehmen sei, ist aus den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen. In der Unterlassung der Anzeige des von einem Anderen beabsichtigten Verbrechens bei der Obrigkeit kann keine Theilnahme gefunden werden. Ebenso wenig liegt eine Theilnahme darin, daß man unterläßt, einem Angegriffenen gegen den Angreifenden beizuspringen. Auch darin, daß man unterläßt, den Bedroheten zu warnen, liegt an sich keine Theilnahme, weil auch eine solche Unterlassung ebenso wenig als die beiden anderen eben genannten die Richtung hat, Mittel oder Gelegenheit zum Verbrechen zu geben [10]).

---

10) Vgl. darüber oben §. 28, Note 7, und meine Abhandlungen, II. S. 236 ff.

Dagegen muß für wirkliche Theilnahme gehalten werden jede Unterlassung, welche sich nur der Form nach von einer positiven Handlung unterscheidet, ihrer Richtung nach aber insofern mit ihr zusammenfällt, als durch sie die nämliche Förderung des Verbrechens beabsichtigt wird, die auch durch eine positive Handlung hätte bewirkt werden können. Daher kann unterlassene Warnung des Bedroheten unter Umständen allerdings Theilnahme sein, wenn sie nämlich denselben sicher machen oder bewegen soll, sich dem Angriffe des Verbrechers auszusetzen. In derselben Weise muß jede andere Unterlassung, wenn sie nur eine Weise ist, eine auch durch eine positive Handlung zu bewirkende Förderung des Verbrechens hervorzubringen, für Theilnahme gehalten werden.

§. 78.

c) Versuchte und vollendete Theilnahme. Theilnahme an der Vollendung und am Versuche.

Ein Unterschied zwischen versuchter und vollendeter Theilnahme in dem Sinne, daß bei jener die Theilnahme weniger vollständig, als bei dieser vorläge, kann nicht anerkannt werden. Jede Handlung, bei welcher der Handelnde den Willen hat, das Verbrechen eines Anderen zu veranlassen oder zu befördern, ist wirkliche vollständige Theilnahme, während umgekehrt noch gar nicht von Theilnahme, auch nicht von versuchter, die Rede sein kann, wenn nicht mit diesem Willen gehandelt worden [1]). Scheinbar könnte von einer versuchten Theilnahme in folgenden Fällen die Rede sein.

---

1) Vgl. Zachariä, über den Versuch, Band I. §. 39. Meine Abhandlungen, Band I. S. 293 ff. und S. 441 ff. Dagegen behaupten Köstlin a. a. O. S. 504, und Berner a. a. O. S. 220, daß allerdings zwischen versuchter und vollendeter Beihülfe unterschieden werden müsse. Köstlin stützt sich vorzüglich darauf, daß nicht alle Fälle der

a) Wenn bei derjenigen intellectuellen Theilnahme, durch welche in dem Anderen der Entschluß zur Begehung des Verbrechens hervorgebracht werden sollte, dieser Einfluß nicht wirklich auf ihn ausgeübt worden war. Es kann das seinen Grund haben Theils darin, daß er nicht einging auf den ihm gemachten verbrecherischen Vorschlag, Theils darin, daß er ohnedieß schon zur Begehung des Verbrechens entschlossen war. Im ersteren Falle, in welchem man von mißlungener Anstiftung sprechen kann, hat der Anstifter vollständig gethan, was zum Wesen der Theilnahme gehört, indem er mit dem Willen, den Anderen zum Verbrechen zu bestimmen, gehandelt hat. Die Eigenschaft seiner Handlung als Theilnahme kann nicht durch den von ihm unabhängigen Umstand bedingt sein, daß sein verbrecherischer Antrag Eingang bei dem Anderen findet. Es fehlt zwar in diesem Falle objectiv an einem Urheber, an dessen Verbrechen er Theil nehmen könnte; aber subjectiv, d. h. in der Vorstellung des Theilnehmers

---

Beihülfe gleich strafbar seien, und daß namentlich die wirklich geleistete nicht mit der bloß versprochenen über einen Leisten geschlagen werden dürfe. Dieser Unterschied der Strafbarkeit könne aber seinen Grund nur darin haben, daß die mehr oder minder fortgeschrittene Thätigkeit des Gehülfen unter das Princip und den Typus des Versuchs gestellt werde. Köstlin giebt selbst zu, daß sich der Moment der Vollendung der Beihülfe objectiv nicht feststellen lasse. Er meint, daß der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung hier subjectiv, d. h. nach der Absicht des Gehülfen bestimmt werden müsse. Darnach würde Derjenige, der sich vorgenommen hätte, dem Mörder den Dolch zu leihen, ihm die Thür zu öffnen und bei dem Acte des Ermordens das Licht zu halten, nur einer versuchten Beihülfe schuldig sein, wenn es zwar zu den ersteren beiden Handlungen, aber aus irgend einem Grunde nicht zum Lichthalten gekommen wäre, während Derjenige, dessen Beihülfe sich seiner Absicht nach darauf beschränkt hätte, ihm den Dolch zu leihen, eine vollendete Beihülfe begangen hätte.

war der Urheber vorhanden, indem er sich vorstellte, daß das Verbrechen in Folge seines Antrages begangen werden würde [2]). Dem Falle, da der Andere den verbrecherischen Antrag zurückweiset, stehen die Fälle gleich, da er ihn nur scheinbar annimmt [3]), oder da er, nachdem er ihn angenommen, sich eines Besseren besinnt und keine auf die Ausführung des Antrages bezüglichen Handlungen vornimmt. Auch hier fehlt es objectiv an einem Urheber, während an der wirklichen vollständigen Theilnahme nicht gezweifelt werden

---

2) Nach römischem Rechte hat es allerdings den Anschein, als ob der Mandant nur unter der Voraussetzung, daß der Mandatar das Mandat angenommen, für strafbar gehalten worden sei. Vgl. darüber meine Abhandlungen, Bd. I. S. 294, und Zachariä a. a. O. Bd. II. §. 197 ff., der noch weiter geht und annimmt, daß nicht ein Mal die Annahme des Mandates genügt habe, sondern noch eine weitere Handlung von Seiten des Mandatars erforderlich gewesen sei, um Strafbarkeit gegen den Mandanten zu begründen. In meinen Abhandlungen, Band II. S. 354 hatte ich behauptet, es folge auch aus der Natur der Sache, daß der Mandant nur bestraft werden könne, wenn der Mandatar sich bereitwillig gezeigt habe. Ich war dabei von der mit Recht als gekünstelt angefochtenen und auch hier nicht wieder angenommenen Ansicht ausgegangen, daß die Theilnahme durch Aneignung des von einem Anderen gefaßten verbrecherischen Entschlusses entstehe, und daß daher der Mandant nur durch Annahme von Seiten des Mandatars Theilnehmer werde. Allein die Theilnahme wird schon dadurch begründet, daß man mit dem Willen handelt, daß in Folge davon ein Anderer als Urheber handele. Wie es sich auch mit den Bestimmungen des römischen Rechtes darüber verhalten mag, so ist doch dem Begriffe nach schon mit der Ertheilung des Mandates vollständige Theilnahme vorhanden. Auch ist die Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung in der Praxis wohl kaum bezweifelt und auch anerkannt in allen neuen Gesetzbüchern, in welchen sie jedoch von einem anderen Gesichtspuncte aus begründet wird. Vgl. darüber Note 5 in diesem §.

3) Vgl. darüber Zachariä a. a. O. §. 165, und meine Abhandlungen, Band II. S. 365, Note 1.

kann. Bei dem anderen angedeuteten Grunde, wenn nämlich der Andere ohnedieß schon zur Begehung des Verbrechens entschlossen war [4]), ist ebenfalls vollständige Theilnahme vorhanden, indem dieser von dem Theilnehmer vollkommen unabhängige Umstand seiner Handlung keinen anderen Charakter zu verleihen im Stande ist. Nach der in den neuen Gesetzbüchern angenommenen Ansicht, daß es Urheberschaft sei, in einem Anderen den Entschluß zur Begehung eines Verbrechens hervorzurufen, muß aber die Entscheidung in allen diesen Fällen anders ausfallen. Denn nach dieser Ansicht muß in diesen Fällen Urheberschaft eines Versuchs desjenigen Verbrechens, zu welchem angestiftet werden sollte, gefunden werden [5]).

---

4) Hinsichtlich dieses Falles ist die Auslegung von L. 11. §. 6. D. de injur. (XLVII. 10.) sehr bestritten. Die Stelle lautet: „Atilicinus autem ait, et si persuaserim alicui, alias nolenti, ut mihi ad injuriam faciendam obediret, posse injuriarum mecum agi.“ Wächter, Lehrbuch, Theil I. S. 149, findet darin durch argumentum a contrario den Beweis, daß nach römischem Rechte etwas darauf angekommen sei, ob der Anzustiftende ohnedieß schon entschlossen gewesen sei, indem in diesem Falle nur ein Versuch angenommen worden sei, der bei der Injurie, als einem Privatdelicte, keiner Strafe unterlegen habe. Zachariä, a. a. O. Bd. II. S. 113, und Ziegler, a. a. O. S. 17, Note 1, beziehen die Stelle gar nicht auf den fraglichen Fall, sondern meinen, es werde in derselben nur dem Nichtwollenden eine Injurienklage gegen den Ueberredenden wegen der beleidigenden Zumuthung gegeben. Köstlin, a. a. O. S. 532 f., meint, daß auf die Worte „alias nolenti“ wenig Gewicht zu legen sei, indem die Stelle nur den Sinn habe, den Rath als eine Weise intellectueller Urheberschaft zu demonstriren. Der Sinn der Stelle ist kein anderer, als: daß die Injurienklage gegen den Ueberredenden auch in dem Falle Statt finde, da sie gegen den Ueberredeten, weil es ihm an den animus injuriandi fehlt, nicht begründet ist. S. auch meine Abhandlungen, Band I. S. 296, Note 1.

5) Wenn die Anstiftung ein Mal Urheberschaft sein soll, so bedarf

b) Wenn bei derjenigen intellectuellen Theilnahme, durch welche dem schon Entschlossenen nur Rath und Anschlag zur Ausführung gegeben werden sollte, der Urheber sich nicht darnach gerichtet hatte, indem er entweder die Ausführung gar nicht anfing, oder wenigstens nach einem anderen als dem ihm angegebenen Anschlage bewerkstelligte. Auch in diesem Falle kann das Dasein wirklicher Theilnahme nicht durch das von dem Theilnehmer ganz unabhängige Verhalten des Urhebers ausgeschlossen werden [6]).

---

es keiner besonderen gesetzlichen Vorschrift, sondern folgt es aus den allgemeinen Grundsätzen über den Versuch, daß in allen diesen Fällen Urheberschaft eines Versuches angenommen werden muß. Es gilt das auch nach denjenigen Gesetzbüchern, welche in der bloßen Vorbereitung noch keinen strafbaren Versuch erblicken. Denn die Anstiftung läßt sich keines Weges mit einer bloßen Vorbereitung vergleichen, durch welche man sich nur das Mittel zur Begehung des Verbrechens bereiten wolle. Sie ist vielmehr für den Anstifter die Ausführung und Haupthandlung, da er seine ganze Thätigkeit darauf beschränken wollte. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 165, Note 2. Nach denjenigen Gesetzbüchern, die zwischen geendigtem und nicht geendigtem Versuche unterscheiden, könnte nur die Frage entstehen, ob in diesen Fällen der eine oder der andere anzunehmen sei. Dem Begriffe nach liegt beendigter Versuch vor, da der Anstifter von seiner Seite Alles gethan hat, was er thun wollte oder konnte. Zachariä, a. a. O. §. 165, will aber in dem Falle, da das Mandat entweder gar nicht oder nur scheinbar angenommen, nur einen nicht beendigten Versuch annehmen. Auch nach dem Hannoversch. G.B. Art. 55 verbunden mit Art. 34 und nach dem Braunschw. G.B. §. 37 kann in allen diesen Fällen nur die Strafe des nicht beendigten Versuches erkannt werden. Die Strafe des beendigten Versuches würde in der That unverhältnißmäßig hart erscheinen. Es zeigt sich daran, daß es ein schiefer Gesichtspunct ist, diese Fälle als Urheberschaft und Versuch aufzufassen.

6) Berner a. a. O. S. 220 behauptet, daß der Gehülfe nicht bestraft werden könne, wenn von Seiten des Urhebers nicht so viel geschehen sei, um sich eines strafbaren Versuches schuldig zu machen.

c) Wenn bei der physischen Theilnahme die versprochene Hülfe nicht wirklich geleistet worden ist. Da schon die bloße Zusage der Beihülfe vollständige Theilnahme begründet, so kann bei Nichtleistung des Zugesagten nicht von einem bloßen Versuche der Theilnahme die Rede sein. Es kann dabei an sich keinen Unterschied machen, ob die Nichtleistung in äußeren Umständen, oder in einer Willensänderung des Theilnehmers, oder darin ihren Grund hatte, daß der Urheber gar keinen Beginn der Ausführung machte. Es können zwar diese Umstände auf den Grad der Strafbarkeit von Einfluß sein: aber eine vollständige Theilnahme ist in allen diesen Fällen gleichmäßig vorhanden [7]).

Sein Argument ist, daß die Beihülfe ein Accessorium der Urheberschaft sei, und nicht strafbar sein könne, wo diese straflos sei. Allein diese Auffassung ist eine rein äußerliche, da jede Handlung den Grund ihrer Strafbarkeit nur in sich selbst und nicht in etwas außerhalb ihrer Liegenden haben kann. Die Strafbarkeit Dessen, der einem Anderen Rath und Anschlag giebt, auch wenn Derselbe die Ausführung gar nicht beginnt, folgt eben daraus, daß dieses Handeln vollständig unter den Begriff der Theilnahme fällt, und daß es keinen rechtlichen Grund giebt, es davon auszunehmen. Aus demselben Grunde kann die Strafbarkeit nicht dadurch aufgehoben werden, daß der Urheber bei der Ausführung den ihm gegebenen Rath und Anschlag nicht befolgt. Es kann aber der Grad der Strafbarkeit davon abhängen, was im Bayersch. G.B. Art. 74, Nr. I. und Art. 76, Nr. I. und im Hannov. G.B. Art. 67, Nr. I. und Art. 68, Nr. I. ausdrücklich anerkannt ist. Vgl. den nächsten §.

7) Die Strafbarkeit der zugesagten, aber nicht geleisteten Theilnahme ist in den meisten neuen Gesetzbüchern ausdrücklich anerkannt. Bayersch. G.B. Art. 82. Würtemberg. G.B. Art. 88. Hannov. G.B. Art. 72 und 73. Großh. Hess. G.B. Art. 86. Braunschw. G.B. §. 51. Auch wo sie nicht ausdrücklich anerkannt ist, wie in den gemeinrechtlichen Quellen und in dem Sächs. G.B., folgt sie aus der allgemeinen Strafbedrohung der Gehülfen.

Wenn es demnach keine versuchte Theilnahme geben kann, so kann bei ihr auch nicht von einem freiwilligen Abstehen vom Versuche die Rede sein. Die Grundsätze über die Strafloſigkeit des freiwilligen Abstehens vom Versuche [8]) sind daher auf die Theilnahme ganz unanwendbar. Hinsichtlich der in jeder Theilnahme liegenden intellectuellen Einwirkung auf den Urheber ist ein Abbrechen der verbrecherischen Thätigkeit an sich undenkbar, da die Handlungen, durch welche sie bewirkt werden sollten, entweder vollständige oder noch gar keine Theilnahme begründen. Hinsichtlich der physischen Theilnahme ließe sich ein freiwilliges Abstehen insofern denken, als der Theilnehmer freiwillig unterlassen hätte, die Hülfleistung so vollständig vorzunehmen, als in seinem Versprechen oder seiner Absicht gelegen hätte. Allein dieses freiwillige Abstehen kann keine Strafloſigkeit bewirken, da es das Dasein der bereits vorhandenen vollständigen Theilnahme nicht aufheben kann. Die Strafe des Theilnehmers kann vielmehr, zwar nicht nach gemeinem Rechte, aber nach der Mehrzahl der neuen Gesetzbücher, nur dadurch aufgehoben werden, daß er den entgegengesetzten Willen faßt und in demselben Handlungen vornimmt, um zu bewirken, daß der Urheber das Verbrechen nicht begehe [9]). Es liegt aber auf

---

8) S. oben §. 69.

9) Solche Handlungen sind Zurücknahme des Auftrages, Befehles u. s. w., oder der Zusage der Beihülfe, oder Anzeige bei der Obrigkeit vor der Ausführung von Seiten des Urhebers. Das Bayersche G.B. hat hinsichtlich derjenigen intellectuellen Theilnahme, in welcher Anstiftung enthalten ist, keine ausdrückliche Bestimmung über den Einfluß, den die Zurücknahme des Auftrags haben soll. Dagegen läßt sich aus Art. 52 und 53, wo vom Complott gehandelt wird, entnehmen, daß Anzeige bei der Obrigkeit von Strafe befreit, Zurücknahme des Auftrages aber nur unter der Voraussetzung, daß das Verbrechen wirklich

der Hand, daß eine solche Handlung etwas ganz Anderes ist, als ein bloßes Nichtfortsetzen der bisherigen verbrecherischen Thätigkeit, und daß es ein ganz anderes Princip ist, welches hier die Straflosigkeit begründet [10]). Aus dem eigenen inneren Wesen der Theilnahme folgt es keines Weges,

---

unausgeführt bleibt. Nichtleisten der versprochenen und Abbrechen der angefangenen Beihülfe wird in dem Bayersch. G.B. Art. 82 ausdrücklich als versuchte Beihülfe bezeichnet, welche wegen freiwilligen Abstehens straflos werden könne. Es versteht sich dabei wohl von selbst, was in Art. 83 hinsichtlich der zugesagten, erst nach der Vollendung zu leistenden Unterstützung ausdrücklich gesagt ist, daß die Strafbarkeit derjenigen Theilnahme, die in der bloßen Ertheilung der Zusage liegt, nur durch Zurücknahme der Zusage aufgehoben werden kann. Aehnliche Grundsätze stellt das Hannov. G.B. Art. 72 und 73 auf. Nach dem Würtemberg. G.B. Art. 77 bleibt der Anstifter mit Strafe verschont, wenn er die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens verhindert oder von der Verabredung zeitige Anzeige bei der Obrigkeit macht. Bei Zurücknahme des Auftrags trifft ihn die Strafe des beendigten Versuchs, wenn das Verbrechen dennoch ausgeführt wird. Dagegen soll nach Art. 88 bei der Beihülfe die Zurücknahme der Zusage oder zeitige Anzeige bei der Obrigkeit von Strafe befreien. Ebenso das Großh. Hess. G.B. Art. 72 und 86. Nach dem Braunschw. G.B. §. 51 macht weder Widerruf des Auftrags, noch Zurücknahme der Zusage der Beihülfe straflos, wenn der Urheber dennoch zur Ausführung geschritten. Dagegen wird nach Art. 69, Nr. 3 durch zeitige Anzeige bei der Obrigkeit die Strafe immer aufgehoben. Das Sächsische Gesetzbuch schweigt gänzlich.

10) Köstlin a. a. O. S. 507 f. meint, es müsse einen Versuch der Theilnahme geben, weil sonst die Straflosigkeit des freiwilligen Abstehens bei der Theilnahme keine Anwendung finden würde. Aber er erkennt selbst an, daß das freiwillige Abstehen zur Straflosigkeit nicht genüge, sondern daß noch ausdrückliche Erklärung des Zurücktretens oder Anzeige bei der Obrigkeit hinzukommen müsse. Mit größerem Rechte hätte er daraus, daß das freiwillige Abstehen für sich allein die Strafbarkeit nicht aufheben könne, den Schluß machen können, daß es keine versuchte Theilnahme geben könne.

daß der Theilnehmer dadurch straflos werde, daß er später das Gegentheil von Dem zu bewirken sucht, was er früher durch seine Theilnahmehandlung zu bewirken gesucht hatte [11]). Daher kann weder für das gemeine Recht, noch für diejenigen neuen Gesetzbücher, welche eine solche Vorschrift nicht ausdrücklich haben, angenommen werden, daß die Strafbarkeit der Theilnahme durch eine solche entgegenstehende Handlung aufgehoben werde.

Dagegen kann der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung bei der Theilnahme insofern vorkommen, als das Verbrechen, an welchem Theil genommen wird, entweder ein versuchtes oder ein vollendetes sein kann. Es kann darnach zwischen Theilnahme an dem Versuche und zwischen Theilnahme an der Vollendung unterschieden werden. Dabei entstehet die Frage, ob und wie weit es dem Theilnehmer zu Statten kommen könne, daß es der Urheber nur bis zum Versuche gebracht hat. Obgleich es an sich ein von dem Theilnehmer unabhängiger Umstand ist, ob der Urheber das Verbrechen vollendet oder ob er bloß beim Versuche stehen

---

11) Vgl. Zachariä a. a. O. §. 267. Die Zurücknahme des Mandates kann selbst in dem Falle die Strafbarkeit nicht aufheben, da sie vor der Zeit erfolgt, welche der Anstifter zur Begehung des Verbrechens gesetzt hatte, ebenso wenig als die Strafbarkeit dadurch aufgehoben werden kann, daß das Verbrechen nach dieser gesetzten Zeit begangen wird. Wenn man überhaupt nicht annimmt, daß zwischen der Anstiftung und der Begehung des Verbrechens Causalzusammenhang Statt findet, so braucht man sich auf die subtile Frage, ob es dem Anstifter noch zugerechnet werden könne, daß der Urheber 5, 10, 20 Jahre nach erfolgter Anstiftung zur Ausführung schreitet, gar nicht einzulassen. Es kann bei der Annahme eines Causalzusammenhanges zwischen Anstiftung und Begehung des Verbrechens nie gelingen, durchgreifende Regeln für die Entscheidung dieser Frage aufzustellen. S. solche Regeln bei Abegg, im Archiv des C.R. 1841, S. 381 ff.

bleibt, so wird dieser Umstand doch bei dem objectiven Standpuncte, den das germanische Strafrecht ein Mal einnimmt, auf die Strafbarkeit des Theilnehmers nicht ohne Einfluß sein können. Zwar steht die Theilnahme überhaupt nicht in Causalzusammenhange mit der Vollendung oder Nichtvollendung des Verbrechens: aber es bleibt gleichwohl wahr, daß bei Nichtvollendung des Verbrechens die Theilnahme sich auf eine Handlung bezogen hat, die in objectiver Hinsicht unschädlich oder wenigstens weniger schädlich, als die Vollendung gewesen ist. Es folgt aber daraus noch nicht, daß sich die Strafbarkeit des Theilnehmers richten müsse nach den größeren oder geringeren Fortschritten, die von dem Urheber in seiner verbrecherischen Thätigkeit gemacht werden. Die Thätigkeit des Urhebers kann vielmehr auf die Strafbarkeit des Theilnehmers nur so weit von Einfluß sein, als durch sie in objectiver Hinsicht mehr oder minder hervorgebracht wird. Bei derjenigen Theilnahme, in welcher Anstiftung enthalten ist, muß es deßwegen zwar einen Unterschied machen, ob der Urheber das Verbrechen vollendet oder nicht, und ob der Versuch schon für sich objective Folgen gehabt hat: aber es kann für die Strafbarkeit des Theilnehmers von keiner weiteren Bedeutung sein, ob der Versuch ein naher oder ein entfernter, ein beendigter oder ein nicht beendigter war, oder ob die Strafbarkeit desselben durch freiwilliges Abstehen gänzlich aufgehoben war [12]). Ebenso kann auch in den übrigen Fällen der Theilnahme nur

12) Auch nach der Ansicht, welche in der Anstiftung Urheberschaft findet, macht sich der Anstifter immer eines beendigten Versuches schuldig, wenn es auch der Angestiftete nur zum entfernten Versuche bringt, oder wenn sein Versuch gänzlich straflos ist. Vgl. Zachariä a. a. O. §. 165. Bayersches G.B. Art. 48, Nr. I. Hannov. G.B. Art. 55.

das von dem Urheber hervorgebrachte Objective, nicht aber die sonstige größere Nähe oder Ferne oder die durch freiwilliges Abstehen begründete Strafloſigkeit ſeines Verſuches einen Einfluß auf die Strafbarkeit des Theilnehmers ausüben [13]).

§. 79.

d) Strafbarkeit und Grade der Theilnahme.

Der Grund, aus welchem die Theilnahme geringer strafbar iſt, als die Urheberſchaft, iſt der nämliche objective Geſichtspunct, aus welchem der Verſuch gelinder als die Vollendung beſtraft wird. Die Theilnahme muß deßwegen im Allgemeinen in dem nämlichen Verhältniſſe, in welchem die Strafe des Verſuchs unter der Strafe der Vollendung ſteht, geringer ſtrafbar ſein als die Urheberſchaft [1]). Wenn von Seiten des Urhebers ein bloßer Verſuch begangen worden, muß darnach auch die Strafe des Theilnehmers geringer werden.

---

13) Das Bayerſch. G.B. Art. 81 und das Hannov. G.B. Art. 71 ſchreiben zwar vor, daß die Strafe des Gehülfen nach der Strafe des vom Urheber begangenen Verſuchs ausgemeſſen werden ſolle. Sie erkennen aber ausdrücklich an, daß der Gehülfe auch ſtrafbar ſei, wenn es der Urheber gar nicht bis zu einem Verſuche gebracht habe, oder wenn ſein Verſuch ſtraflos ſei.

1) Im Weſentlichen iſt dieſer Maßſtab in allen neuen Geſetzbüchern angenommen und muß auch für das gemeine Recht zu Grunde gelegt werden. S. oben §. 3. Bayerſch. G.B. Art. 60, 62, 75, 77 und 78. Sächſ. G.B. Art. 26 und 45. Würtemb. G.B. Art. 85. Großh. Heſſ. G.B. Art. 84. Braunſchw. G.B. §. 44 ff. Das Hannov. G.B. Art. 69 verglichen mit Art. 36 ſetzt jedoch, wie theilweiſe auch das Bayerſche, die Strafbarkeit der Hülfeleiſtung höher an, als die des Verſuchs, indem es als höchſten Anſatz für jene zwei Drittheile, für dieſe die Hälfte der Strafe des vollendeten Verbrechens annimmt.

Wie bei dem Versuche so ist auch bei der Theilnahme in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung vorgeschrieben, daß in einem Falle härter als in dem anderen gestraft werden solle [2]). Ebenso ist in allen neuen Gesetzbüchern anerkannt, daß die Theilnahme nicht immer auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehe. Das Princip, nach welchem die Theilnahme im einzelnen Falle mehr oder minder strafbar ist, kann aber nicht in der objectiven Rücksicht liegen, ob sie in näherem oder ferneren Causalzusammenhange mit der objectiven Existenz des Verbrechens stehet, da ein solcher Causalzusammenhang bei ihr überhaupt nicht Statt findet [3]). Ebenso wenig kann es

---

2) P. G. O. Art. 177.

3) Darnach nennt Feuerbach, §. 44, einen Hauptgehülfen, der dem Urheber gleich stehe, Denjenigen, der Hindernisse hinwegräumt, bei welchen dem zur That schon entschlossenen Willen eines Anderen die äußere Wirksamkeit entweder überhaupt oder unter den besonderen Umständen unmöglich gewesen wäre. In größerer Allgemeinheit, nämlich ohne die Beschränkung auf die Hinwegräumung von solchen Hindernissen, ist der Begriff des Hauptgehülfen in dem Sinne, daß er dem Urheber gleich stehe; wenn auch nicht dem Ausdrucke, doch der Sache nach in mehreren neuen Gesetzbüchern angenommen worden. Bayersch. G.B. Art. 45: „Wer dem Vollbringer vor oder bei der Ausführung eine solche Hülfe geleistet hat, ohne welche ihm die That nicht möglich gewesen wäre. Das Würtemb. G.B. Art. 75 u. 85 und das Großh. Hess. G.B. Art. 73 beschränken die Strafe der Urheberschaft auf den Fall, da der Beistand, ohne welchen das Verbrechen unter den vorhandenen Umständen nicht hätte vollbracht werden können, bei der Vollbringung der Handlung selbst geleistet wird, während sie die Leistung solchen Beistandes vor der Handlung für geringer strafbar ansehen. — Die Gleichstellung des Hauptgehülfen mit dem Urheber läßt sich nach dem objectiven Standpuncte des germanischen Strafrechtes nicht rechtfertigen. Es ist aber allerdings consequent, wenn ein Mal der Anstifter für einen Urheber gelten soll, auch diesen Hauptgehülfen als Urheber zu bestrafen. Vgl. Note 7 in diesem §.

liegen in der subjectiven Rücksicht auf den dolus des Theilnehmers, da seine Absicht in allen Fällen der Theilnahme gleichmäßig darauf gerichtet ist, daß das Verbrechen von dem Urheber begangen werde. Es kann vielmehr, dieses Princip, nur von Dem hergenommen werden, was allein bei der Theilnahme in verschiedenem Maße vorkommen kann, nämlich von dem bestimmenden Einflusse, den der Theilnehmer auf den Urheber ausüben will. Es kann zwar von jedem Theilnehmer gleichmäßig gesagt werden, daß er auf den Urheber den Einfluß ausüben will, daß er die Handlungen begehe, die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehen: aber dieser Einfluß ist ein mehr oder minder starker, je nachdem die Beweggründe, welche dem Urheber zur Begehung seiner Handlung gegeben werden, mehr oder minder dringend sind. Darnach müssen verschiedene Grade angenommen werden, in welchem die Theilnahme strafbar ist [4]). Es wird jedoch Nichts damit gewonnen, eine bestimmte Anzahl dieser Grade festzusetzen, wie von mehreren neuen Gesetzbüchern geschiehet [5]). Bei der intel-

---

4) Es ist natürlich hier nur die Rede von den Strafzumessungsgründen, welche der Theilnahme eigenthümlich angehören. Außerdem müssen auf sie auch noch die allgemeinen Zumessungsgründe, die für jede verbrecherische Handlung gelten, in Anwendung kommen.

5) Das Bayersche G.B. Art. 74 ff. unterscheidet drei Grade von Gehülfen. Zum ersten schwersten Grade werden gerechnet Diejenigen, welche dem Hauptverbrecher über die Ausführung eine Belehrung ertheilt haben, zufolge welcher das Verbrechen wirklich vollzogen worden ist; welche die unmittelbar zur Vollbringung dienenden Mittel und Werkzeuge verschafft haben; welche in dem Zeitpuncte der Ausführung selbst bei der Vollbringung Beistand geleistet haben; welche durch ihr Amt zur Entdeckung, Anzeige, Verhinderung, Untersuchung oder Bestrafung von Uebertretungen verpflichtet waren und Beihülfe leisteten; zum zweiten Grade Diejenigen, bei deren Belehrung über die Ausführung die Erfor-

lectuellen Theilnahme muß die Anstiftung strafbarer sein, als die bloße Belehrung und Unterweisung [6]), und jene wiederum in verschiedenem Grade strafbar, je nachdem die gegebenen Beweggründe zur Fassung des verbrecherischen Entschlusses mehr oder minder stark und verführerisch waren [7]).

---

dernisse des ersten Grades nicht vollständig vorhanden sind; welche Mittel und Werkzeuge verschafft haben, die nicht unmittelbar zur Vollbringung dienten; welche vor dem Zeitpuncte der Vollbringung irgend eine Hülfe oder Förderung geleistet haben; welche ohne verabredetes Einverständniß durch unterlassene Ausübung ihrer Amtspflicht vorsätzlich die Vollbringung des Verbrechens befördert haben; welche eine nach der Vollendung zu leistende Hülfe zugesagt haben; zum dritten Grade: Diejenigen, welche unterlassen, bevorstehende Verbrechen durch Anzeige bei der Obrigkeit, oder durch Warnung der gefährdeten Person oder durch sonstige zu Gebote stehende Mittel zu verhindern. Das Hannoversche G.B. Art. 67 und 68 nimmt zwei Grade der Gehülfen an, indem es den dritten Grad des Bayerschen Gesetzbuches mit Recht gar nicht mit zur Theilnahme rechnet. Seine beiden Grade entsprechen ganz den beiden ersten Graden des Bayerschen Gesetzbuches, außer daß zum ersten Grade auch noch Diejenigen gerechnet werden, welche vorsätzlich die in ihrer väterlichen Gewalt oder unter ihrer Aufsicht stehenden Personen, wenn sie es konnten, ohne sie der Obrigkeit anzuzeigen, an der Ausführung des Verbrechens nicht hinderten und an den Vortheilen desselben auf irgend eine Art Antheil nahmen. Nichthinderung dieser Personen ohne Theilnahme an den Vortheilen oder dem Erfolge des Verbrechens soll dagegen zum zweiten Grade gehören. — In den übrigen Gesetzbüchern werden keine bestimmten Grade angenommen, was zweckmäßiger ist, da auch innerhalb des Grades immer wieder Verschiedenheiten vorkommen, welche die Festsetzung einer ganz bestimmten Strafe ausschließen müssen.

6) In soweit stimme ich mit der herrschenden Ansicht überein. Die Abweichung betrifft nur den Punct, daß die Anstiftung nicht als Urheberschaft zu bestrafen sei.

7) Z. B. Drohung und Geben und Versprechen eines Lohnes muß strafbarer sein, als einfacher Auftrag.

Nach demselben Principe müssen verschiedene Grade der Strafbarkeit der physischen Theilnahme angenommen werden. Am Strafbarsten muß diejenige erscheinen, ohne welche der Urheber die das Verbrechen hervorbringende Handlung gar nicht hätte vornehmen können. Wenn auch in solcher Theilnahme keine Urheberschaft liegt, weil sie dem Urheber nur Ermuthigung, Veranlassung und Gelegenheit zu dieser Handlung geben kann, so kann sie doch mit der Anstiftung auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen [8]).

§. 80.

III. Zusammentreffen von Theilnahme und Urheberschaft.

1) Alleinige Miturheberschaft. Gegenseitige Miturheberschaft.

Der Theilnehmer will bewirken, daß der Urheber die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehende Handlung begehe. Der Urheber will diese Handlung selbst unternehmen. Die Miturheberschaft besteht darin, daß Jemand mit dem Willen des Urhebers und des Theilnehmers zugleich handelt, indem er eines Theiles bewirken will, daß ein Anderer als Urheber handele, und anderen Theiles eine Handlung zu dem Zwecke begehen will, daß die Handlung des Urhebers den verbrecherischen Erfolg habe. Dieses Verhältniß der Miturheberschaft kann in doppelter Weise vorkommen. Entweder können Beide Miturheber sein, oder es ist nur Einer Miturheber, während der Andere alleiniger Urheber ist.

---

8) Denn bei dem sogenannten Hauptgehülfen (Note 3 in diesem §.) und bei der Anstiftung ist es in gleicher Weise der Fall, daß der Urheber ohne sie das Verbrechen nicht hervorgebracht haben würde.

Der letztere Fall ist vorhanden, wenn der Eine zwar von der Theilnahme, aber nicht von der Miturheberschaft des Anderen Kenntniß hat, indem er nicht darum weiß und nicht darauf rechnet, daß der Andere Handlungen begehe, um den von ihm selbst begangenen Handlungen ihren Erfolg zu verschaffen. In diesem Falle sind zwar Beide als Urheber anzusehen, da Jeder von ihnen Handlungen begehen wollte, die mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehen: aber es kann dennoch hinsichtlich des hervorgebrachten Erfolges eine verschiedene Zurechnung eintreten müssen. Demjenigen, der als Miturheber gehandelt, indem er dazu beitrug, der Handlung des Anderen ihren verbrecherischen Erfolg zu verschaffen, muß Alles zugerechnet werden, was aus der vereinten Wirksamkeit seiner eigenen Handlung und der Handlung des Anderen hervorging [1]). Dagegen kann dem Anderen, der als alleiniger Urheber gehandelt, indem er auf die Handlung des Miturhebers nicht rechnete, nur Das zugerechnet werden, was durch seine eigene Handlung hervorgebracht worden ist. Daher kann es kommen, daß nur der Eine als Urheber der Vollendung und

---

1) So weit unter den Begriff des sogenannten Hauptgehülfen (vergl. §. 79, Note 3) auch Derjenige fällt, der eine solche Handlung vornimmt, ist es darnach allerdings richtig, den Hauptgehülfen als Urheber zu bestrafen. Dagegen braucht eine Handlung, ohne welche dem Urheber die Hervorbringung des Verbrechens nicht möglich gewesen wäre, nicht nothwendig eine solche zu sein, welche dazu beiträgt, seiner Handlung den verbrecherischen Erfolg zu verschaffen. Es ist z. B. möglich, daß der Mord nicht hätte begangen werden können, wenn nicht dem Mörder der Dolch geliehen worden wäre. Der Darleiher würde nach jenem Begriffe Hauptgehülfe sein, während er entschieden nicht als Urheber angesehen werden kann.

der Andere nur als Urheber des Versuches angesehen werden muß [2]).

Der erstere Fall, daß Beide, oder wenn es mehrere sind, daß Alle Miturheber sind, ist vorhanden, wenn jeder von ihnen als Theilnehmer des Anderen und zugleich als Urheber handeln will. Eine gegenseitige Miturheberschaft findet daher zwischen Denjenigen Statt, welche eines Theiles bewirken wollen, daß die Anderen mit der Existenz des Verbrechens in Causalzusammenhange stehende Handlungen begehen, und anderes Theiles durch ihre Handlungen dazu beitragen wollen, daß jene Handlungen den verbrecherischen Erfolg haben. In diesem Falle muß auf Jeden von ihnen in Anwendung kommen, was in jenem Falle, da nur Einer Miturheber ist, von diesem gilt, daß ihm Alles zugerechnet werden muß, was aus der vereinten Wirksamkeit seiner

---

2) Miturheber würde z. B. sein, wer bei einer Tödtung dem Urheber nur das Wachestehen zugesagt hätte, aber ihm im Augenblicke der That beispränge und dem zu Ermordenden auch eine Wunde zufügte, oder wer um die von einem Anderen unternommene Brandstiftung wissend die Löschung verhinderte. Es kann hier lediglich nach dem Causalzusammenhange entschieden werden, ob Beide als Urheber der Vollendung zu bestrafen seien, oder ob dem Einen nur die Urheberschaft eines Versuches zur Last falle. Wenn die zweite Wunde nur in Zusammenwirkung mit der ersten den Tod zur Folge hatte, so kann wegen vollendeter Tödtung nur gestraft werden, wer jene zugefügt hatte, während, wenn sie zum Tode gar Nichts beitrug, der Urheber der ersten Wunde als Urheber der vollendeten Tödtung angesehen werden muß. S. oben §. 62, Note 6 und 8. Daß Beide als Urheber des vollendeten Verbrechens zu bestrafen sind, tritt in dem Falle ein, da zwar zwischen der Handlung des alleinigen Urhebers und der Vollendung Causalzusammenhang Statt findet, aber dieselbe ohne die Handlung des Miturhebers hätte abgewendet werden können, wie in dem von der Brandstiftung hergenommenen Beispiele.

Handlung und der Handlungen der Uebrigen hervorgegangen ist. Wenn auch die von ihm begangene Handlung für sich allein genommen, den Erfolg nicht hervorgebracht haben würde, so steht sie doch mit ihm in Causalzusammenhange, wenn sie bewirkte, daß er aus den Handlungen der Anderen hervorging. Eine solche wechselseitige Miturheberschaft setzt voraus, daß die Miturheber die gemeinsame Absicht haben, das Verbrechen hervorzubringen, und daß zwischen ihnen die Uebereinkunft besteht, Handlungen vorzunehmen, um ihren Handlungen den verbrecherischen Erfolg zu verschaffen. Daß diese Uebereinkunft in ausdrücklichen Worten getroffen worden sei, ist nicht schlechterdings nothwendig. Sie kann auch stillschweigend getroffen werden durch concludente Handlungen, welche unter den Miturhebern das Verständniß herstellen, daß sie auf die Wechselwirkung ihrer Handlungen rechnen können [3]). Ebenso wenig ist es zur Begründung der gegenseitigen Miturheberschaft nothwendig, daß die Miturheber gemeinschaftlich mit einander das Verbrechen beschlossen haben. Auch wer sich von dem bereits Entschlossenen zu einer Handlung bestimmen oder gewinnen läßt, welche seiner, des bereits Entschlossenen, Handlung den verbrecherischen Erfolg verschaffen soll, ist Miturheber, da der Causalzusammenhang nicht davon abhängig sein kann, ob er den Entschluß zur Begehung des Verbrechens gemeinschaftlich mit dem Anderen gefaßt hatte. Dagegen ist es zum Dasein der Miturheberschaft wesentlich, daß die Handlung

3) Daß die Uebereinkunft auch stillschweigend getroffen werden könne, wird von Ziegler, a. a. O. S. 8, wenigstens in Beziehung auf das Complott geleugnet. S. aber dagegen Köstlin a. a. O. S. 586 und Berner a. a. O. S. 404. Auch Sächs. G.B. Art. 33 und Braunschw. G.B. §. 43.

dem Anderen zur Vornahme seiner Handlung nicht bloß Mittel, Gelegenheit und Möglichkeit gegeben habe, sondern daß sie darauf berechnet gewesen sei, derselben ihren verbrecherischen Erfolg zu verschaffen [4]).

---

4) Der hier gemeinte Fall ist wohl zu unterscheiden vom Complotte, zu welchem gemeinschaftliche Entschließung gehört; vgl. §. 81. Auch ist er nicht mit der schon oben §. 75 besprochenen zufälligen Theilnahme zu verwechseln. Auf ihn bezieht sich der erste Abschnitt des Art. 148 der P.G.O., indem der „fürgesetzte vereinigte Wille und Muth" nicht nothwendig eine gemeinsame Entschließung voraussetzt, sondern nur eine Uebereinkunft, in welcher die Einzelnen Handlungen übernehmen, um den Handlungen der Anderen ihre Wirksamkeit zu verschaffen. Eine solche Uebereinkunft kann auch zwischen Denen getroffen werden, welche die Entschließung nicht gemeinschaftlich gefaßt haben. Bei einer solchen Uebereinkunft sind Miturheber nur Diejenigen, die zur Ausführung mitgewirkt haben, während bei dem Complotte auch solche Handlungen, die zur Ausführung nicht beitragen, z. B. Wachestehen, Miturheberschaft begründen. Im Sächsischen G.B. Art. 33 wird auch zwischen einer Uebereinkunft zur gemeinsamen Ausführung und zwischen Complott wohl unterschieden. In den übrigen Gesetzbüchern wird der Unterschied wenigstens stillschweigend dadurch anerkannt, daß ihre Bestimmungen über das Complott nicht auf die ohne gemeinsame Beschließung des Verbrechens getroffene Uebereinkunft über die gemeinsame Ausführung bezogen werden können. Nur das Hannov. G.B. Art. 57 und das Braunschweig. G.B. §. 43 ff. macht eine Ausnahme. Das erstere rechnet auch Diejenigen mit zu den Complottanten, die einem bereits bestehenden Complotte beitreten, wornach Derjenige, der sich von einem Complotte nur zur Darleihung eines Werkzeugs hätte bestimmen lassen, als Miturheber angesehen werden müßte. Im letzteren werden Complott und die hier gemeinte Uebereinkunft zur gemeinsamen Ausführung durcheinander geworfen. Daß im Art. 148 der P.G.O. nicht ausschließlich vom Complott die Rede sei, erkennt auch Köstlin a. a. O. S. 564 an, obgleich in etwas anderer Weise.

§. 81.

2) Complott.

Das römische Recht hat auf seinem subjectiven Standpuncte keine Veranlassung, zwischen bloßen Theilnehmern und zwischen Miturhebern zu unterscheiden. Indem es alle Diejenigen, die in irgend einer Weise an einem Verbrechen Theil nehmen, mit der vollen, auf dasselbe gesetzten Strafe bedrohet, kann es auch darauf kein Gewicht legen, ob das Verbrechen gemeinschaftlich beschlossen wurde, oder ob der Eine nur dem von dem Anderen gefaßten Entschlusse beitrat und demgemäß handelte. Nach dem objectiven Standpuncte des germanischen Rechtes kann ebenfalls Nichts darauf ankommen, ob die Entschließung zum Verbrechen gemeinschaftlich gefaßt oder ob nur zur Ausführung des von einem Anderen gefaßten Entschlusses mitgewirkt wurde. Denn die gemeinschaftliche Entschließung steht nicht in Causalzusammenhange mit der Existenz des Verbrechens, während umgekehrt dieser Causalzusammenhang bei der Handlung Desjenigen, der an der gemeinschaftlichen Entschließung keinen Theil genommen, vorhanden sein kann [1]).

Dagegen hat sich in der gemeinrechtlichen Theorie als Consequenz der Ansicht, daß durch die Anstiftung Urheberschaft begründet werde, der Grundsatz festgestellt, daß es einen Unterschied mache, ob die verbrecherische Entschließung gemeinschaftlich gefaßt war oder nicht, und daß Handlungen, welche ohne die gemeinschaftliche Fassung bloße Theilnahme

---

1) Daher fallen unter den ersten Abschnitt des Art. 148 der P. G. O. nur Diejenigen, die eine zum Erfolge beitragende Handlung vorgenommen haben, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob sie das Verbrechen gemeinschaftlich beschlossen hatten, oder nicht.

oder Hülfeleistung gewesen sein würden, durch dieselbe zur Urheberschaft werden. Man nennt die Verbindung Derjenigen, die ein Verbrechen gemeinschaftlich beschlossen und sich zu dessen gemeinschaftlicher Ausführung verpflichtet haben, ein Complott, und setzt demselben solche verbrecherische Verbindungen entgegen, durch welche Jemand an dem von einem Anderen bereits beschlossenen Verbrechen Theil nimmt [2]). Nach der Ansicht, daß durch die Anstiftung Urheberschaft begründet werde, ist es folgerichtig, jeden Complottanten ohne Rücksicht auf die Art seiner übernommenen Mitwirkung als Urheber des von der Verbindung begangenen Verbrechens anzusehen, weil er durch die in den Anderen begründete Erwartung seines Beistandes und seiner Mitwirkung als der Anstifter der von denselben begangenen Handlungen erscheint [3]). Nach der strengen Consequenz dieser Ansicht muß selbst derjenige Complottant, der die übernommene Mitwirkung nicht wirklich leistet, noch als Urheber angesehen werden, wenn er die Uebrigen in der Erwartung seines Beistandes gelassen hatte.

Im Allgemeinen ist diese Theorie über das Complott auch in die neuen Gesetzbücher übergegangen. Indessen haben dieselben nicht die ganze Strenge dieser Theorie angenommen. Denn sie lassen es, damit die Strafe der Urheberschaft eintrete, nicht genügen, daß Jemand Mitglied des Complottes gewesen sei, sondern erfordern noch dazu, daß er auf irgend eine Weise entweder vor, bei, oder nach der Ausführung mitgewirkt habe [4]). Wer an der Ausführung

---

2) Ueber das Complott im Allgemeinen vgl. Ziegler a. a. O. S. 6 ff. Köstlin a. a. O. S. 577 ff. Berner a. a. O. S. 393 ff.

3) Feuerbach, Lehrbuch, §. 47.

4) Es findet hier keine vollständige Uebereinimmung unter den Gesetzbüchern Statt. Das Bayersche G.B. Art. 50, das Hannov. G.B.

in keiner Weise Antheil genommen, kann nach den neuen Gesetzbüchern nur als Theilnehmer mit den Strafen des Versuches belegt werden, wobei es von Einflusse wird, ob er den übrigen Mitgliedern seinen Austritt aus der Verbindung erklärt, oder dieselben von der Begehung des Verbrechens abzuhalten gesucht, oder ob er zeitige Anzeige bei der Obrigkeit gemacht hatte [5]).

Auch in Ansehung derjenigen Mitglieder des Complottes, die vor, bei, oder nach der Ausführung mitgewirkt haben und als Urheber anzusehen sind, führen die neuen Gesetzbücher die Consequenz jener Ansicht nicht bis zur äußer-

---

Art. 57, das Würtemb. G.B. Art. 79 und das Großh. Hessische G.B. Art. 74 lassen die Strafe der Urheberschaft eintreten für jeden Complottanten, der vor, oder bei, oder nach der That mitgewirkt oder durch seine Gegenwart bei der Ausführung sich zur Ausführung bereit gezeigt hat. Das Sächsische G.B. Art. 33 drohet dagegen die Strafe der Urheberschaft nur demjenigen Complottanten, der entweder vor der Ausführung Beihülfe geleistet hat, oder bei der Ausführung gegenwärtig gewesen ist. Das Braunschweig. G.B. §. 43 nur Demjenigen, der entweder bei der Ausführung oder vor und nach derselben mitgewirkt hat. Wer nur vor oder nur nach der Ausführung mitwirkte, soll mit der Strafe des beendigten oder nicht beendigten Versuches belegt werden, je nachdem das Verbrechen vollendet wurde, oder nicht.

5) Anzeige bei der Obrigkeit begründet Strafloſigkeit; Erklärung des Austritts dagegen oder sonstige Bemühung der Verhinderung schließt nicht aus, daß der Complottant als Theilnehmer gestraft wird. Bayersches G.B. Art. 53. Hannov. G.B. Art. 60 und 61. Würtemb. G.B. Art. 81 und 83. Großh. Hessisch. G.B. Art. 78 und 79. Nur das Braunschw. G.B. §. 69 sichert nicht bloß bei der Anzeige an die Obrigkeit, sondern auch bei dem Zurücktritte volle Strafloſigkeit zu, wenn das Verbrechen unterblieben war. Die übrigen Gesetzbücher lassen wenigstens für die gemeinen Theilnehmer im Gegensatz zum Anstifter bei Erklärung des Austrittes und sonstiger Bemühung der Verhinderung Strafloſigkeit eintreten.

sten Strenge durch, indem sie auf die größere oder geringere Mitwirkung des Einzelnen Rücksicht genommen wissen wollen [6]). Als besonders strafbar sind dabei die Anstifter des Complottes hervorgehoben, welche die verbrecherische Vereinigung zuerst veranlaßt und zu Stande gebracht haben. Auch die Rädelsführer, welche den Plan der Ausführung entworfen oder das Unternehmen zur Zeit der Vollbringung geleitet haben, müssen als die strafbareren angesehen werden [7]).

---

6) Wenigstens bei den Verbrechen, die nicht mit einer absolut bestimmten Strafe, sondern nur mit einem höchsten und niedrigsten Strafansatze bedrohet sind. Bayersch. G.B. Art. 51. Hannov. G.B. Art. 58. Würtemberg. G.B. Art. 79. Großh. Hess. G.B. Art. 74. Sächs. G.B. Art. 44.

7) S. die Gesetzbücher an den in der vorigen Note angeführten Stellen.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google